

Aurică Avram

Procedura insolvenței

Partea generală

-
- Participanții
 - Citarea și comunicarea actelor de procedură
 - Situația actelor juridice ale debitorului
 - Recursul în procedura insolvenței

11398.563

BIBL. CENTR. UNIV.
„M. EMINESCU” IAȘI

5398.563

40

Comentarii practice

Procedura insolvenței
Partea generală

2005

Copyright © 2008
Editura Hamangiu SRL

Editură acreditată **CNCSIS** - Consiliul Național
al Cercetării Științifice din Învățământul Superior

Toate drepturile rezervate **Editurii Hamangiu**
Nicio parte din această lucrare nu poate fi copiată
fără acordul scris al **Editurii Hamangiu**

Descrierea CIP a Bibliotecii Naționale a României

AVRAM, AURICĂ

Procedura insolvenței : partea generală / Aurică Avram. -
București : Editura Hamangiu, 2008

Index

ISBN 978-606-522-014-0

347.763(498)

Editura Hamangiu:

București,
Str. Col. Popeea
nr. 43, sector 5
O.P. 5, C.P. 91

Tel./Fax:

021.336.04.43
031.805.80.20
031.805.80.21

Tipărit la S.C. TIPARG S.A.

Vânzări:

021.336.01.25
0788.854.348
0788.724.564
0724.364.369

E-mail:

redactie@hamangiu.ro
distributie@hamangiu.ro

Aurică Avram
Judecător la Curtea de Apel București

511372

Procedura insolvenței Partea generală



440156

B.C.U. IASI

Editura
Hamangiu
2008

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

26. IAN. 2009



Prefață

Realitatea a demonstrat în ultimul timp că, în cazul economiilor naționale în tranziție în primul rând, dar nu numai, lipsa unei proceduri a insolvenței ordonată și efectivă sau nereformarea ei în sensul menționat poate contribui la amplificarea, în plan național, a crizelor financiare și economice. Într-o atare situație, creditorii pot să nu mai fie în stare să își recupereze creanțele, ceea ce este în măsură să afecteze posibilitatea creditării viitoare. De asemenea, drepturile debitorului nu sunt protejate în mod corespunzător, iar diferiții creditori nu sunt tratați în mod echitabil. Dimpotrivă, **existența unui sistem corespunzător al insolvenței poate contribui la creșterea economică și a competitivității, la prevenirea și atenuarea/rezoluțiunea crizelor financiare și economice, asigurând realizarea răspunderii debitorilor și siguranța creditorilor în extinderea creditării, a afluxului de capital.** Acestea, în contextul în care în economia capitalistă esențial pentru inițierea și derularea activităților este capitalul. Cum acesta nu este la îndemâna tuturor întreprinzătorilor, procurarea lui se bazează în special pe creditare. De exemplu comercianții operează îndeosebi pe baza creditului, iar acesta este acordat în cea mai mare măsură prin sistemul bancar. Nu toate întreprinderile inițiate sunt însă în măsură să își atingă scopul, acela al obținerii de profit și, în primul rând, nu toate se pot derula conform planificării, context în care cel creditat poate ajunge în încetare de plăți. Neîndeplinirea de către cei creditați a plăților privind restituirea creditelor se răsfrânge asupra creditorilor, care nu vor fi în măsură să-și realizeze plățile care le incumbă, la rândul lor. **Insolvența debitorilor are astfel tendința de a fi „molipsitoare”, determinând și insolvența creditorilor acestora și se poate extinde pe arii mari în sistemul financiar și economic național, pornind de la micii agenți comerciali, băncile populare.**

În raport cu astfel de situații apare ca fiind evident **rolul preventiv sau, după caz, extinctiv al procedurii insolvenței** cu privire la crizele financiare sau economice, rol care se manifestă în concret prin prevenirea

aparității sau extirparea elementului insolvenței în măsură să întrerupă procesul referitor la creditare-întreprindere-profit.

Tendința sub aspectele arătate anterior poate fi extinsă și în contextul tendinței de globalizare a economiei mondiale și, în primul rând, a comerțului. Semnele în sensul respectiv au început să apară de câțva timp, de exemplu prin creșterea frecvenței cu care apar cazurile în care falimentul unor bănci dintr-o parte sau alta a globului, determinat de supraevaluarea inițială în mod nejustificat a garanțiilor pentru creditare în acea zonă, urmată de o scădere abruptă a acestei evaluări între timp, este în măsură să implice pe aceeași turnură și alte bănci, să influențeze în întreaga lume cursul principalelor valute și să atragă o cohortă de falimente. Nu trebuie uitat că **globalizarea comerțului nu înseamnă doar globalizarea ofertei ci și a cererii, în contextul în care se generalizează și societatea de consum**, astfel că nu trebuie aruncată o eventuală vină în cazul unei crize doar asupra purtătorilor ofertei, asupra comercianților „veroși”, ci să se rețină că într-un fel sau altul, suntem implicați cu toții, pentru că dacă nu ar fi și cererea în sensul promovat de aceștia, interesul globalizării nu ar exista din partea lor. **Reglementarea pe plan național și transfrontalier a unor proceduri de insolvență corespunzătoare este în măsură să contribuie la prevenirea sau atenuarea unor astfel de crize regionale sau globale, o reglementare internațională generală în această materie nefiind însă de actualitate.**

În România reglementarea insolvenței se regăsește în prezent în cuprinsul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței, lege care constituie „dreptul comun” în această materie, cu mențiunea că pentru instituțiile de credit și societățile de asigurări sunt aplicabile legi distincte (O.G. nr. 10/2004 privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului instituțiilor de credit aprobată prin Legea nr. 278/2004, respectiv, Legea nr. 503/2004 privind redresarea financiară și falimentul societăților de asigurare). De asemenea și în ceea ce privește reglementarea cu privire la elementele de extraneitate în materia insolvenței sunt aplicabile prevederile unei legi distincte.

Pot fi amintite în același context și o serie de alte acte normative cu incidență în materia insolvenței (O.U.G. nr. 86/2006, referitoare la organizarea activității practicienilor în insolvență, H.G. nr. 460/2005

modificată și completată prin H.G. nr. 1881/2006, referitoare la Buletinul procedurilor de insolvență, etc.).

În economia Legii nr. 85/2006, a cărei interpretare și aplicare constituie obiectul lucrării noastre, **reglementarea procedurii insolvenței prezintă mai întâi o parte generală, referitoare la normarea unor aspecte cu aplicabilitate generală în procedură**, cum ar fi domeniul de aplicare al legii, termeni și expresii specifice, cheltuieli aferente procedurii, participanți în procedura insolvenței, acțiuni în anularea unor transferuri efectuate de debitor în dauna creditorilor, menținerea sau denunțarea unor contracte. **Partea specială a reglementării se referă, practic, la procedura propriu-zisă în sine, privită în ansamblu**, începând cu formularea cererii introductive și deschiderea procedurii până la încheierea acesteia, la subprocedurile prevăzute în vederea atingerii scopului legal – reorganizarea judiciară (planul), falimentul, acțiunile în atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere. Referitor la unele aspecte, cum ar fi cele privind cererile introductive, starea de insolvență, deschiderea/închiderea procedurii și măsurile aferente, perioada de observație, etc. se poate discuta despre un eventual caracter general al aplicabilității în procedură dar cel puțin în vederea unei analize eficiente am considerat mai indicat ca aceste aspecte să fie avute în vedere în contextul analizei procedurii în sine.

Autorul

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Cuprins

Capitolul I. Aspecte generale	1
Secțiunea 1. Titlul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței.....	1
Secțiunea a 2-a. Sensul evoluției istorice în domeniul insolvenței.....	2
Secțiunea a 3-a. Terminologie	6
Secțiunea a 4-a. Scopul procedurii insolvenței	7
Secțiunea a 5-a. Noțiuni și definiții	9
Secțiunea a 6-a. Caracterele procedurii insolvenței	10
§1. Caracterul unitar.....	10
§2. Caracterul colectiv.....	10
§3. Caracterul concursual (concurențial)	10
§4. Caracterul echitabil	11
§5. Caracterul prioritar	11
§6. Caracterul predictibil	12
§7. Caracterul transparent.....	12
Secțiunea a 7-a. Principiile procedurii insolvenței	13
§1. Principiul celerității	13
§2. Principiul unității și colectivității procedurii insolvenței.....	15
§3. Principiul maximizării averii debitorului.....	16
§4. Principiul participării active a creditorilor.....	18
Secțiunea a 8-a. Cheltuielile de administrare și cheltuieli de judecată în procedura insolvenței	18
§1. Cheltuieli de administrare a procedurii insolvenței	18
§2. Cheltuieli de judecată.....	28
Secțiunea a 9-a. Succesiunea legilor în timp	32

Capitolul al II-lea. Participanții la procedura insolvenței.....	34
Secțiunea 1. Considerații generale.....	34
Secțiunea a 2-a. Debitorul - Domeniul de aplicare	
a dispozițiilor legii	37
§1. Societățile comerciale.....	38
§2. Societățile cooperative.....	41
§3. Organizațiile cooperatiste	42
§4. Societățile agricole	43
§5. Grupuri de interes economic.....	43
§6. Comercianții persoane fizice.....	44
§7. Asociații familiale.....	48
§8. Persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice	49
Secțiunea a 3-a. Instanțele judecătorești. Judecătorul sindic.....	54
§1. Aspecte de principiu.....	54
1.1. Exercitarea jurisdicției	54
1.2. Eficiența	55
1.3. Specializarea	55
§2. Instanțele judecătorești în reglementarea Legii nr. 85/2006.....	56
2.1. Tribunalul.....	56
2.1.1. Succesiunea în timp a dispozițiilor legale referitoare la competența de judecată în procedura insolvenței.....	57
2.1.2. Competența materială.....	64
2.1.3. Competența teritorială	64
2.1.4. Excepțiile de neconstituționalitate	68
2.2. Curțile de apel	69
§3. Judecătorul sindic.....	69
3.1. Desemnare. Repartizarea cauzelor.....	69
3.2. Numirea unor persoane de specialitate	70
3.3. Raportul dintre judecătorul sindic și tribunal, ca instanță.....	72
3.4. Principalele atribuții.....	73
3.5. Limitarea exercitării atribuțiilor.....	82

3.6. Cadrul raporturilor dintre judecătorul sindic și practicianul în insolvență.....	85
3.7. Limitarea suspendării executării.....	89
3.8. Incompatibilitatea.....	90
Secțiunea a 4-a. Creditorii.....	92
§1. Aspecte de principiu.....	92
§2. Adunarea Creditorilor. Comitetul Creditorilor.....	95
2.1. Adunarea creditorilor.....	96
2.1.1. Convocarea adunării creditorilor.....	96
2.1.2. Ședințele și hotărârile adunării creditorilor.....	99
2.2. Comitetul creditorilor.....	101
2.2.1. Desemnarea comitetului creditorilor.....	101
2.2.2. Atribuțiile comitetului creditorilor.....	104
2.2.3. Ședințele și hotărârile comitetului creditorilor.....	106
Secțiunea a 5-a. Practicianul în insolvență. Administratorul judiciar. Lichidatorul.....	110
§1. Aspecte de principiu.....	110
1.1. Calificarea/competența profesională.....	110
1.2. Desemnarea în procedura insolvenței.....	111
1.3. Retribuția.....	111
1.4. Răspundere pentru modul de exercitare a atribuțiilor.....	112
§2. Administratorul judiciar.....	113
2.1. Definiția.....	113
2.2. Desemnarea în cauză.....	113
2.2.1. Criterii/condiții.....	113
2.2.2. Desemnarea de către judecătorul sindic.....	117
2.2.3. Desemnarea de către adunarea creditorilor.....	118
2.3. Principalele atribuții ale administratorului judiciar.....	120
2.4. Desemnarea unor persoane de specialitate.....	129
2.5. Raportul lunar.....	130
2.6. Contestația împotriva măsurilor administratorului judiciar.....	131
2.7. Amenda judiciară.....	132
2.8. Înlocuirea administratorului judiciar.....	133
2.9. Repararea prejudiciilor produse în exercitarea atribuțiilor.....	134

2.10. Termenul de sesizare în legătură cu amenda judiciară, repararea prejudiciului și înlocuirea administratorului judiciar	136
2.11. Cererea de reexaminare.....	138
§3. Lichidatorul.....	138
3.1. Definiția	138
§4. Retribuția (onorariul) practicienilor în insolvență.....	140
Secțiunea a 6-a. Administratorul special	143
§1. Dispoziții generale.....	143
§2. Desemnarea.....	144
§3. Atribuții.....	147
Capitolul al III-lea. Citarea și comunicarea actelor de procedură în procedura insolvenței.....	157
Secțiunea 1. Aspecte generale	157
Secțiunea a 2-a. Dispozițiile legale.....	159
Secțiunea a 3-a. Proceduri contencioase și necontencioase	159
§1. Procedurile contencioase.....	161
§2. Procedurile necontencioase	163
Secțiunea a 4-a. Efectuarea citării/comunicării actelor de procedură. Regula. Excepțiile.....	165
Secțiunea a 5-a. Buletinul procedurilor de insolvență.....	171
Secțiunea a 6-a. Efectele publicării în Buletinul procedurilor de insolvență. Publicitatea	172
Capitolul al IV-lea. Situația unor acte juridice ale debitorului	178
Secțiunea 1. Acțiunile în anularea tranzacțiilor și transferurilor de bunuri din patrimoniul debitorului, care prejudiciază creditorii	178
§1. Aspecte generale	178
§2. Reglementarea acțiunii în anulare în procedura insolvenței	182
2.1. Categoriile de acțiuni în anulare	182
2.2. Reglementarea acțiunii în anulare potrivit art. 79 din Legea nr. 85/2006.....	182

2.3. Reglementarea acțiunii în anulare potrivit art. 80 din Legea nr. 85/2006.....	183
§3. Diferențierea între acțiunile în anulare specifice procedurii insolvenței și cele din dreptul comun.....	192
§4. Durata „perioadei suspecte”.....	194
§5. Diferențierea între acțiunile în anulare reglementate prin art. 79, respectiv, prin art. 80 din Legea nr. 85/2006.....	195
§6. Natura juridică a acțiunii în anulare.....	200
§7. Actele încheiate de debitor în cazul desfășurării normale a activității sale curente (art. 82).....	204
§8. Contractele de credit [art. 81 alin. (3)].....	208
§9. Competența de judecată în cazul acțiunilor în anulare.....	211
§10. Părțile în acțiunile în anulare.....	212
10.1. Practicianul în insolvență.....	212
10.2. Comitetul creditorilor.....	214
10.3. Pârâții.....	219
10.3.1. Debitorul.....	219
10.3.2. Cocontractanții.....	219
§11. Termenul pentru formularea acțiunilor în anulare [art. 81 alin. (1)].....	220
§12. Perioada din procedura insolvenței în care se pot formula acțiunile în anulare.....	223
§13. Calcularea și respectarea termenului prevăzut de art. 81 alin. (1).....	224
§14. Restituirea de către terțul dobânditor sau de către subdobânditor a bunurilor înstrăinate de debitor sau a valorii acestora.....	226
14.1. Restituirea de către terțul dobânditor (cocontractantul debitorului).....	228
14.2. Restituirea de către subdobânditor.....	232
§15. Publicitatea acțiunii în anulare.....	235
§16. Presumția de fraudă în dauna creditorilor.....	236
Secțiunea a 2-a. Menținerea sau denunțarea contractelor debitorului.....	240
§1. Aspecte generale.....	240
1.1. Finalizarea contractelor.....	241
1.2. Continuarea contractelor.....	242

1.3. Încredințarea îndeplinirii contractelor	243
1.4. Contractele speciale.....	244
\$2. Menținerea sau denunțarea contractelor în reglementarea Legii nr. 85/2006.....	245
2.1. Dispoziții generale.....	247
2.2. Acțiunea în despăgubiri.....	254
2.2.1. Natura juridică a acțiunii în despăgubiri	258
\$3. Dispoziții speciale	258
Secțiunea a 3-a. Dispoziții legale privind timbrarea acțiunilor introduse în baza dispozițiilor Legii nr. 85/2006	276
Capitolul al V-lea. Recursul în procedura insolvenței.....	280
Secțiunea 1. Aspecte generale	280
Secțiunea a 2-a. Obiectul recursului	281
Secțiunea a 3-a. Părțile în judecata recursului	283
Secțiunea a 4-a. Termenul de recurs	284
Secțiunea a 5-a. Instanța competentă pentru soluționarea recursului	287
Secțiunea a 6-a. Reglementarea specială a unor aspecte procedurale	288
Secțiunea a 7-a. Citarea părților în recurs.....	298
Secțiunea a 8-a. Suspendarea executării hotărârilor judecătorești	312
Secțiunea a 9-a. Motivele de recurs	314
Secțiunea a 10-a. Soluțiile judecătorești în recurs și efectele casării.....	317
Index alfabetic.....	325

Capitolul I Aspecte generale

Secțiunea 1. Titlul Legii nr. 85/2006 privind procedura insolvenței

Prin Legea nr. 85/2006, reglementării principale în materia insolvenței i se atribuie denumirea corectă, aceea de lege privind procedura insolvenței, în măsură să redea mai bine specificitatea și întinderea domeniului de reglementare. Față de denumirea conferită, gradul în care se asigură reglementarea detaliată a domeniului prin dispozițiile existente în cuprinsul legii poate fi apreciat ca fiind deficitar.

Titlul legii implică și tendința de îndreptare a reglementării interne în domeniu către dreptul european în materie, care vizează îndeosebi „insolvența” (*insolvency*), spre deosebire de dreptul american și, în general, anglo-saxon, în care se vorbește despre „faliment” (*bankruptcy*). Chiar dacă sub aspectul conținutului, diferitele reglementări corespunzătoare acestor categorii se deosebesc prin aspecte nu numai de formă ci și de substanță, majoritatea cuprind, mai mult sau mai puțin, atât reorganizarea și lichidarea judiciară, cât și atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere.

Sub aspectul cuprinsului nu se poate vorbi de o lege integral nouă din moment ce în Legea nr. 85/2006 se preiau structura și majoritatea dispozițiilor din Legea nr. 64/1995.

Prin caracterul substanțial și obiectivele atinse, modificările și completările intervenite în noua lege sunt, însă, în măsură să situeze actul normativ în discuție printre primele demersuri legislative vizând îmbunătățirea reală a reglementării procedurii insolvenței, așa încât, relativ numeroasele erori de formulare a unor dispoziții din lege, cauzate de lipsurile procesului legislativ, nu pot înlătura o astfel de apreciere. Dispozițiile actuale reflectă în mod accentuat principiile specifice

procedurii insolvenței, astfel cum sunt recunoscute inclusiv în plan internațional și adoptă multe dintre soluțiile necesare și confirmate în practica judiciară anterioară. De asemenea, conceperea noii legi a avut în vedere și o serie de cerințe pentru cadrul legal privind reglementarea insolvenței, consacrate de instituții internaționale importante în sectorul globalizării comerțului, în sensul că reglementarea juridică a insolvenței trebuie să asigure: o bună integrare în **dreptul comun**, în special în dreptul procesual și dreptul comercial ca ramură specifică a dreptului civil; modalități și mijloace de maximizare a averii debitorului, inclusiv prin prevederea posibilității reorganizării judiciare, cu menținerea echilibrului între lichidarea și reorganizarea judiciară ca modalități potențiale de derulare a procedurii; un tratament echitabil aplicabil creditorilor aflați pe poziții similare și egal față de creditorii locali și străini; ponderarea tendinței creditorilor de a urmări în mod prematur dezmembrarea și vânzarea în mod individual a activelor debitorului; un cadru transparent și predictibil de derulare pe baza accesului liber la informație a tuturor participanților la procedură; recunoașterea drepturilor creditorilor și stabilirea în mod riguros a unei ordini de priorități echitabile în ceea ce privește creanțele.

Secțiunea a 2-a. Sensul evoluției istorice în domeniul insolvenței

Normele de drept au reglementat relațiile interumane încă din cele mai vechi timpuri. Mai întâi, indiferent că relațiile reglementate se refereau la drepturi nepatrimoniale (personale) sau la bunuri materiale, dispoziția sancționatorie pentru regula încălcată viza strict persoana făptuitorului, nu și bunurile lui, în contextul unei relative continuități a „legii talionului”, urmărind pedepsirea acestuia și mai puțin sau deloc repararea **prejudiciului** patrimonial suferit de cel păgubit. Aceasta în contextul perioadei inițiale a formării societății/stătului, în care primordial a fost aspectul stabilizării relațiilor interpersoanale, doar ulterior punându-se problema acumulării patrimoniale intrinseci și a protejării acesteia.

Normele de protejare a celor față de care alții s-au îndatorat, a creditorilor față de debitori au fost o permanență istorică și au urmat în timp cursul evoluției societății umane.

Astfel, în dreptul roman, în epoca primordială a „*legis actiones*”, creditorul avea dreptul de a-l reține (în închisoarea particulară) pe debitor, de a-l vinde ca sclav și chiar dreptul de viață sau de moarte asupra acestuia. Debitorul putea înlătura exercitarea de către creditor a acestor drepturi în măsura în care un terț accepta să plătească creditorului datoria în locul lui.

Ulterior, comportamentul social a devenit mai puțin barbar, ideea oamenilor despre regimul obligațiilor în general, s-a schimbat, îndeosebi prin aportul dreptului pretorian, context în care s-a ajuns să se aprecieze că recuperarea unei creanțe se poate realiza și pe calea executării bunurilor debitorului. În acest din urmă sens, în perioada aplicării procedurilor formulare, creditorii puteau obține trimiterea în posesia averii debitorului. Posesia era exercitată în interesul creditorilor de către un curator, debitorul nemaiputând dispune de averea sa. Ulterior se făcea publicitatea necesară pentru ca toți creditorii să aibă la cunoștință că se vor vinde toate bunurile debitorului (în bloc) și să intervină pentru a li se face repartitia din prețul obținut. Procedura descrisă constituia o adevărată **procedură colectivă** a creditorilor pentru **recuperarea creanțelor** de la debitor.

Cel care adjudeca bunurile debitorului era succesor cu titlu universal. Vânzarea bunurilor debitorului atrăgea **infamia** asupra persoanei acestuia.

Treptat infamia a fost înlăturată, începând mai întâi cu debitorii cu funcții înalte în stat, în cazul acestora vânzarea nemaifăcându-se în bloc, astfel că nu le mai era atinsă personalitatea, ci separat, fiecare bun în parte.

În perioada imperiului debitorii aveau chiar posibilitatea de a abandona în favoarea creditorilor universalitatea bunurilor lor, scăpând astfel de închisoare și de infamie. Mai mult, în cazul în care debitorul avea cu ce să plătească dar nu voia să o facă, pretorul trimitea executorii (forța publică) să sechestreze numai unele dintre bunurile debitorului, în măsura în care erau suficiente pentru plata debitului, bunurile respective fiind gajul creditorului. Dacă debitorul nu făcea plata într-un timp

stabilit, pretorul, prin executor, vindea bunurile respective, remițând prețul creditorului, iar dacă nu erau cumpărători, preda bunurile creditorilor pentru o valoare stabilită.

Instituțiile juridice din dreptul roman la care s-a făcut referire, au fost preluate, cu adecvarea corespunzătoare, în normele de drept până în zilele noastre.

Evul mediu a reprezentat în cea mai mare parte o involuție, inclusiv sub aspectul normelor de protejare a creditorilor. Totuși, începând cu locurile unde comerțul a fost înfloritor, cum ar fi în cazul orașelor italiene Veneția, Genova, Florența, etc., s-au preluat, adaptat și dezvoltat din dreptul roman *missio in possessionem* și *venditio bonorum*, instituțiile și principiile juridice conturate în această perioadă – astfel cum rezultă din lucrările acelor vremuri – stând în continuare la baza majorității reglementărilor actuale. Astfel sunt: organizarea colectivă și egalitară a creditorilor împotriva debitorului aflat în **încetare de plăți**; ridicarea (desesizarea) dreptului debitorului de administrare și dispoziție asupra averii sale; luarea în considerare a unei perioade suspecte anterioare deschiderii procedurii, când actele făcute de debitor sunt considerate în fraudă creditorilor; distincția între apariția insolvenței din vina, imprudența debitorului sau din cauze neprevăzute, frauduloase. În cazul debitorului fraudulos, la început rigoarea era așa de mare încât orice încetare de plăți, indiferent de cauze era considerată frauduloasă. În mod firesc s-a ajuns însă să se facă distincție între debitorul de **bună-credință** față de cel fraudulos, sub aspectul pedepselor, în cazul primului acceptându-se și cesiunea de bunuri.

Tot în această perioadă, ca o consecință a recunoașterii existenței unor riscuri inerente activității de comerț, în măsură să conducă la încetarea plăților și în cazul comercianților corecți, au apărut instituțiile juridice privind **concordatul** (prin care se pot prelungi termenele de plată, reduce cuantumul creanțelor prin hotărârea majorității creditorilor, obligatorie și pentru cei minoritari, debitorul rămânând la conducerea activității, în beneficiul său și al creditorilor) și **moratoriul** (prin care se suspendă orice urmărire a debitorului pentru o perioadă determinată de timp).

Procedura colectivă de executare se aplica, la fel ca în dreptul roman, față de orice debitor, comerciant sau nu, iar de la o țară la alta

justiția era implicată mai mult sau mai puțin în completarea acțiunii creditorilor având ca scop lichidarea patrimoniului debitorului.

Dreptul italian în materia insolvenței a influențat dreptul german dar mai ales dreptul francez, în contextul dezvoltării țărilor respective.

În prima codificare europeană a dreptului comercial, în Franța, la 1673 era tratat și falimentul, preluat sumar din dreptul italian. Ulterior, în aceeași țară, Codul de comerț din 1807 a completat reglementarea și a influențat major normele în domeniu din alte țări, în special acelea în care se regăsește așa-zisul drept latin. În rigoarea lui excesivă acest cod a limitat procedura falimentului numai pentru comercianți.

Pe de altă parte, reglementarea din alte țări, constituind grupul german a evoluat în sensul aplicării procedurii colective a falimentului și în cazul necomercianților. Apropiat dreptului german a evoluat și dreptul anglo-saxon, inclusiv sub aspectul aplicării și pentru necomercianți.

Inițierea și dezvoltarea economiei capitaliste, a pieței bazată pe cerere și ofertă, cu capitalul drept promotor, a constituit un salt în materia comerțului, ceea ce a impus și condus și la dezvoltarea dreptului falimentului. Treptat, chiar dacă o perioadă s-a mai menținut în diferite țări și **închisoarea datornicilor**, procedura falimentului s-a axat pe recuperarea cu eficiență și celeritate a creanțelor creditorilor din averea debitorului, ajungându-se să se urmărească sancționarea persoanelor fizice îndeosebi sub aspect patrimonial iar sub aspect personal (sanțiuni penale, etc.) de obicei doar în cazul în care au săvârșit anumite fapte ce constituie, de regulă și infracțiuni (**falimentul fraudulos**).

Îndeosebi după crizele economice sau financiare, dar nu numai, s-a extins și nevoia de a încerca mai întâi redresarea comercianților aflați în încetare de plăți în scopul recuperării pe această cale a creanțelor, fără a se ajunge la lichidare.

În prezent majoritatea reglementărilor în materie existente în lume, grupate pe categoriile mari de drept, cuprind într-un mod mai mult sau mai puțin asemănător, atât norme de drept procedural, cât și norme de drept substanțial referitoare la efectele insolvenței (falimentului), ceea ce exista încă din vremea romanilor și urmăresc atât redresarea debitorului cât și lichidarea averii acestuia, iar în paralel și posibilitatea suportării pasivului debitorului persoană juridică de către persoane fizice din cadrul acestuia, drept sancțiune pentru cauzarea stării de insolvență, a

pasivului prin anumite fapte. De asemenea, există tendința generalizării procedurii și în ceea ce privește necomercianții.

În ceea ce privește România, Codul comercial francez a fost preluat mai întâi în Muntenia prin **Codul comercial** din 1840, apoi și în Moldova, prin codul comercial din 1864. Aceste coduri au fost înlocuite prin Codul de comerț din 1887. Codul respectiv a preluat Codul de comerț italian de la 1882, a fost modificat și readekvat în prima parte a secolului trecut, neaplicat în perioada comunistă și repus în vigoare după 1990 și reglementa falimentul doar pentru comercianți.

Legea nr. 64/1995, privind procedura reorganizării judiciare și a falimentului, a marcat trecerea la o reglementare modernă în România, structura acesteia fiind preluată și dezvoltată, cu unele completări și modificări și în Legea nr. 85/2006.

Secțiunea a 3-a. Terminologie

Termenii „falit”, „faliment” provin din „fallere”, care în limba latină însemna a greși, a nu reuși, dar și a înșela, în sensul că acela care ajungea în faliment îi înșela pe creditori („fallitor”) dar se înșela și pe el însuși („fallitus”).

În Italia apare termenul „bancrută”, implicând mai ales conotația de **faliment fraudulos**, de la „*banco rotta*” – care însemna ruperea de către creditori a băncii, a teighelei negustorului ajuns în încetare de plăți, pe care acesta își desfășura activitatea și în care își ținea banii. În limba franceză termenul a devenit „*banqueroutes*” iar în limba engleză „*bankruptcy*”.

În ceea ce privește proveniența unei alte denumiri specifice, aceea de „**judecător sindic**”, aceasta a rezultat pornindu-se de la caracterul colectiv al procedurii falimentului, referitor la creditori, caracter care echivalează cu o efectuare în mod sindicalizat a demersurilor procedurale din partea acestora, avându-se de a face, în consecință, cu un sindicat al falimentului, la administrarea căruia este chemat judecătorul.

Secțiunea a 4-a. Scopul procedurii insolvenței

În plan social-economic, în momentul în care un debitor își **închează plățile**, se impune realizarea unui interes general în sensul recuperării sumelor neplătite și, în mod aferent, al pedepsirii celor vinovați și soluționării situației create prin înlăturarea blocajului privind plățile, ceea ce reclamă declanșarea procedurii insolvenței împotriva debitorului respectiv.

În cadrul procedurii insolvenței, principalii participanți au, în principiu, obiective distincte referitor la aspectul rezolvării situației de încetare a plăților, în funcție de modalitatea de rezolvare în măsură să îi avantajeze. Astfel, debitorul va urmări să se realizeze **plata creanțelor** pe calea redresării activității sale prin reorganizarea judiciară, care i-ar permite continuarea existenței și activității și pe mai departe. Pe creditorii îi interesează recuperarea creanțelor lor într-un procent cât mai substanțial și într-un termen cât mai scurt – ceea ce se realizează, îndeosebi, pe calea lichidării bunurilor debitorului, prin faliment, chiar dacă aceasta înseamnă eliminarea debitorului din mediul de afaceri. Ceea ce rămâne comun în cazul ambelor obiective este plata creanțelor, constituind sub aspect legal un drept pentru creditorii și o obligație pentru debitor. Acesta este și **scopul** esențial al **procedurii insolvenței** în orice ipoteză. Legea nr. 85/2006 prevede în acest sens, potrivit dispozițiilor art. 2 „înstituirea unei proceduri colective pentru acoperirea pasivului debitorului aflat în insolvență”, adică pentru plata creanțelor existente împotriva debitorului. Sub aspect terminologic prin „plată” se înțelege în acest context nu numai plata în sens obișnuit, ci și orice altă modalitate de stingere a debitelor permisă de legiuitor în cuprinsul legii insolvenței (compensație, novație, remitere de datorie, etc.). Acesta a fost și motivul pentru care legiuitorul a trecut, referitor la scopul procedurii insolvenței, de la „plată” la „acoperirea” pasivului debitorului.

În legea nouă legiuitorul a renunțat să mai enumere alături de scopul procedurii și modalitățile procedurale, subprocedurile prin care se urmărește în concret acoperirea pasivului. În Legea nr. 64/1995 erau menționate, în cuprinsul art. 2, alături de același scop al procedurii insolvenței și reorganizarea, respectiv, falimentul ca modalități proce-

durale de atingere a acestuia, omițându-se din enumerarea expresă și posibilitatea acoperirii pasivului pe calea acțiunii în atragerea răspunderii organelor de conducere ale debitorului, justificat cel mai probabil de faptul că această cale nu ține de procedura privind debitorul în sine. În absența enumerării menționate și având în vedere că în cuprinsul legii în vigoare, Legea nr. 85/2006 sunt, în continuare, reglementate distinct și expres toate cele trei subproceduri la care s-a făcut referire anterior, rezultă că atât reorganizarea judiciară, respectiv, falimentul cât și acțiunea privind **răspunderea organelor de conducere** trebuie avute în vedere deopotrivă și în mod corespunzător, drept subproceduri colective, părți ale **procedurii generale**.

Eliminarea, în Legea nr. 85/2006, a enumerării menționate în ceea ce privește dispozițiile art. 2 din Legea nr. 64/1995, a intervenit și în scopul asigurării în acest fel a unui echilibru corect între reorganizarea judiciară și faliment ca modalități potențiale de derulare a procedurii. În formularea Legii nr. 64/1995 echilibrul înclina spre o preeminență a reorganizării judiciare, ajungându-se chiar la conturarea unui principiu în acest sens; aceasta deoarece nu se avea în vedere că în formularea textului de lege reorganizarea era menționată înaintea falimentului doar pentru că așa era firesc sub aspect cronologic, ci se interpreta formularea respectivă ca expresie a intenției legiuitorului de a se încerca obligatoriu mai întâi redresarea debitorului.

Unul dintre scopurile derulării procedurii, urmărit de legiuitor prin noua lege, se circumscrie faptului că, în perioada anterioară s-a manifestat o evidentă tendință de facilitare a intrării pe piață a cât mai multor agenți comerciali. Proliferarea apărută în privința acestora nu a fost însoțită și de rezultatele economice dorite, în schimb numărul comercianților ajunși în procedura falimentului a crescut enorm, atrăgând cheltuieli exorbitante, în timp ce numărul procedurilor de reorganizare a rămas minor. Se impunea, prin urmare, adoptarea unor dispoziții referitoare la procedura insolvenței care să faciliteze ieșirea rapidă din circuitul comercial a agenților comerciali ajunși în faliment. Scopul respectiv putea fi atins și pe alte căi, dar procedura insolvenței prezintă mai multe avantaje, printre care și acela că rezolvă, totodată, și aspectele legate de legăturile comerciantului cu terțe persoane. De aceea este și de preferat să se aprecieze că legiuitorul a avut în vedere

pentru derularea procedurii în materie și ipoteza în care un singur creditor depune **declarație de creanță**, chiar dacă de esența procedurii este caracterul colectiv, care implică mai mulți creditori. Dispozițiile Legii nr. 85/2006 nu definesc în mod expres obiectul procedurii insolvenței. În doctrină s-a susținut că, alături de scopul, obiectul procedurii ar fi averea debitorului. Considerăm că o astfel de apreciere este superficială și în măsură să creeze confuzie referitor la domeniul de aplicare al legii, obiectul și scopul procedurii, urmărind să justifice, într-o analiză subsecventă, susținerea nevalabilă în sensul că în cadrul procedurii ar trebui reținută prejudicierea debitorului iar nu a creditorilor, repararea prejudiciului debitorului iar nu recuperarea creanțelor creditorilor. Obiectul procedurii insolvenței poate fi apreciat ca fiind, cel puțin, debitorul – dar aceasta numai în raport cu domeniul de aplicare al legii, iar pentru o definire de ansamblu trebuie raportat la „toate procedurile” la care se referă art. 6 din Legea nr. 85/2006.

Secțiunea a 5-a. Noțiuni și definiții

Dispozițiile art. 3 din Legea nr. 85/2006 conțin definițiile avute în vedere de legiuitor pentru o serie de termeni și instituții juridice utilizate în cadrul reglementării procedurii insolvenței. Această modalitate explicativă este uzitată îndeosebi în contractele complexe, și chiar dacă nu era chiar obligatorie într-o lege, totuși prezintă utilitate practică.

Se definesc, astfel, în primul rând insolvența, participanții la procedură, etapele acesteia, etc.

Cele menționate în capitolul privind dispozițiile generale aduc un aport deosebit la interpretarea corectă a celorlalte dispoziții din cuprinsul legii, în cazul în care formularea acestora din urmă este insuficientă în acest scop.

În ceea ce ne privește, în contextul lucrării privind procedura insolvenței, am considerat a fi mai practică analiza în mod separat a fiecăreia dintre aceste noțiuni și instituții în cadrul referirilor la secțiunile din lege în care incidența lor este mai relevantă, iar nu într-o secțiune distinctă.

Secțiunea a 6-a. Caracterele procedurii insolvenței

§1. Caracterul unitar

În derularea ei, procedura insolvenței se prezintă ca un conglomerat de activități de natură jurisdicțională, managerială, economică, etc. care fac corp comun într-o procedură de ansamblu unică. **Caracterul unitar** poate fi apreciat în raport cu mai multe aspecte. Astfel, una și aceeași procedură se derulează în același timp pentru toate creanțele; actele și operațiunile procedurii se desfășoară, totodată, atât în instanță cât și în afara acesteia; aspectul decizional se îmbină cu cel privind punerea în practică a deciziei, judecata cu punere în executare.

§2. Caracterul colectiv

Procedura insolvenței reunește toți creditorii debitorului, în realizarea intereselor și drepturilor acestora, spre deosebire de **executarea silită** de drept comun, unde fiecare creditor procedează în mod individual la urmărirea asupra bunurilor debitorului, concursul mai multor creditori asupra aceluiași bun nefiind o regulă.

În raport cu bunurile debitorului executarea silită de drept comun profită creditorului care obține realizarea acesteia cu prioritate, în timp ce în cazul procedurii insolvenței, la aceasta participă simultan toți creditorii, potrivit regulilor prevăzute de lege.

Desigur, participarea oricărui creditor la procedura insolvenței ține de **principiul disponibilității părții**.

§3. Caracterul concursal (concurențial)

Creditorii au interese contrare unii față de alții și fiecare își va promova propriul interes în procedură, în sensul că fiecare va urmări realizarea cu preferință a propriei creanțe. Astfel, sub acest aspect în cadrul procedurii, creditorii se vor afla în concurs, deoarece ceea ce va reveni

unui creditor sub aspectul recuperării creanței, reduce obiectiv șansele celorlalți creditori la recuperarea propriilor creanțe.

Legea de reglementare în domeniul insolvenței stabilește, însă, regulile de manifestare a creditorilor în cadrul concursual respectiv, iar demersurile comune realizate de creditori în baza acestor reguli servesc maximizării recuperării creanțelor, servind interesul comun al creditorilor.

§4. Caracterul echitabil

Practic, în procedura insolvenței, debitorul este, de regulă, în situația de a nu putea plăti toate creanțele însumate individual deși se urmărește acoperirea pasivului în raport cu toți creditorii, ceea ce reclamă prevederea unui mecanism care să asigure un tratament echitabil pentru toți aceștia din urmă. În acest caz, echitabil nu înseamnă obligatoriu și în mod egal, ci plata creanțelor în mod proporțional cu ponderea fiecăreia în pasivul debitorului, potrivit **ordinii de preferință** avută în vedere de către legiuitor. Aspectul în discuție implică și nediscriminarea între creditorii locali și cei străini. La polul opus, în procedură poate interveni și un tratament diferențiat, între creditorii cărora nu li se aplică același regim juridic (**creditorii garantați**, respectiv, cei **chirografari**) sau care nu ocupă aceeași poziție în ordinea de preferință, dar și aceasta poate fi apreciată ca o problemă de echitate, în funcție de criteriile de departajare avute în vedere.

§5. Caracterul prioritar

Acoperirea pasivului debitorului, deci realizarea creanțelor creditorilor în procedura insolvenței este prioritară față de alte acțiuni judiciare sau extrajudiciare, inclusiv executări silite, de drept comun.

Potrivit art. 36 din Legea nr. 85/2006 de la data deschiderii procedurii se suspendă de drept toate acțiunile judiciare sau extrajudiciare pentru realizarea creanțelor asupra debitorului sau bunurilor sale.

Prioritatea nu intervine și în raport cu alte executări silită a căror reglementare are de asemenea, caracter special cum ar fi, de exemplu, executarea silită în baza O.U.G. nr. 51/1999.

§6. Caracterul predictibil

Fără a fi perfecte, dispozițiile legale care reglementează procedura sunt suficient de clare pentru a fi în măsură, în general, să ofere fiecărui participant posibilitatea de a face, în raport și cu o informare corespunzătoare asupra bunurilor debitorului sau a creanțelor declarate în cauză, o anticipare, o proiecție a modului în care este cel mai probabil să se desfășoare în concret o procedură în direcția acoperirii pasivului, cel puțin sub aspectul **distribuirii pierderilor** și a sumelor care se obțin, între participanții la aceasta. Predictibilitatea poate fi voalată în primul rând de modul necorespunzător de aplicare a prevederilor legale, cu consecința atragerii incertitudinii și neîncrederii în procedura desfășurată, iar îndoiala restrânge demersurile posibile în sensul susținerii acesteia.

§7. Caracterul transparent

Transparența procedurii trebuie corelată cu caracterul predictibil și echitabil al acesteia. În cursul procedurii, participanților interesați li se pot oferi suficiente informații pentru a-și exercita drepturile în cadrul legal dat. De exemplu, creditorii sunt notificați despre ținerea **adunării creditorilor**, unde au de luat decizii privind interesele lor în procedură și primesc, în primul rând prin rapoartele **practicianului în insolvență**, suficiente informații despre debitor pentru a-și fundamenta deciziile. La fel, în cazul deciziilor instanței, adoptarea acestora se face conform unor reguli prestabilite și sunt pronunțate în ședință publică.

Precizăm că am considerat caracterul executoriu aplicabil procedurii insolvenței, a fi tributar înțelesului din dreptul comun, nefiind cazul, prin urmare, să fie menționat între caracterele specifice ale acestei proceduri. Nici în ceea ce privește caracterul judiciar al procedurii, care

este evident, nu am considerat că acesta ar implica aprecieri distincte față de înțelesul obișnuit.

Secțiunea a 7-a. Principiile procedurii insolvenței

Din economia dispozițiilor legii rezultă următoarele principii aplicabile procedurii insolvenței:

- principiul **celerității**.
- principiul **unității și colectivității procedurii**.
- principiul **maximizării averii debitorului**.
- principiul **participării active a creditorilor**.

Principiul preeminenței reorganizării judiciare nu mai este de actualitate în raport cu Legea nr. 85/2006 putând fi reținut doar în sensul succesiunii cronologice a subprocedurilor din procedura de ansamblu, iar principiul maximizării recuperării creanțelor este o consecință, o parte a principiului maximizării averii debitorului.

§ 1. Principiul celerității

Succesul în activitatea comercială se poate atinge nu numai prin amplitudinea activității ci și prin frecvența crescută a ciclului operațional referitor la dobândirea/producția de mărfuri – vânzare – reinvestirea capitalului în mărfuri/producție. Pe acest fond s-a justificat impunerea soluționării cu celeritate și a litigiilor comerciale în justiție. Codul de procedură civilă prevede judecata cu precădere și desfășurarea cu celeritate a proceselor în materie comercială, astfel cum rezultă din prevederile art. 720⁶ și următoarele.

Dincolo de scopul intern – acoperirea pasivului debitorului, procedura mai are și o consecință, un scop extern raportat la mulțimea comercianților, în sensul eliminării din rândul acestora a debitorilor care nu reușesc înlăturarea stării de insolvență, precum și al reintegrării acelor care înlătură insolvența, dovedindu-se viabili în sistemul comercial în care activează.

Realizarea ambelor scopuri menționate apare ca fiind eficientă dacă se derulează și cu celeritate. Astfel, acoperirea pasivului debitorului, adică plata creanțelor către creditori, permite acestora din urmă să dispună de sumele necesare pentru reluarea ciclului de producție sau de achiziție de mărfuri în vederea vânzării și obținerii profitului și previne totodată extinderea stării de insolvență și la creditorii debitorului – iar aceasta cu cât mai repede cu atât mai bine.

De asemenea, menținerea un timp mai îndelungat în sistemul comerțanților a unor debitori aflați în stare de insolvență, fără înlăturarea sau reorganizarea și reintegrarea lor, menține blocajul raporturilor comerciale în care sunt părți aceștia, cu consecința restrângerii libertății de acțiune și a degradării condițiilor de activitate și pentru ceilalți comerțanți. Asigurarea celerității actelor și operațiunilor prevăzute de lege în procedura insolvenței este esențială pentru reușita acesteia din punct de vedere economic.

Principiul celerității derulării procedurii insolvenței are o consacrare legislativă, rezultând în mod explicit din prevederile art. 5 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, potrivit căreia organele care aplică procedura trebuie să asigure efectuarea cu celeritate a actelor și operațiunilor prevăzute de legea menționată. Din cuprinsul acestora rezultă că organele care aplică procedura au obligația de a manifesta un rol activ în asigurarea derulării cu celeritate a procedurii, dar principiul celerității este aplicabil în egală măsură tuturor participanților la aceasta.

Principiul celerității rezultă și în mod implicit din cuprinsul unor dispoziții ale Legii nr. 85/2006. Astfel, o serie de dispoziții ale legii prevăd realizarea unor acte, operațiuni din procedură în termene reduse, hotărârile **judcătorului sindic** au caracter definitiv și executoriu (art. 12), se prevede stabilirea unui termen de judecarea recursului de 30 de zile, etc.

În contextul dispozițiilor menționate rezultă că celeritatea înseamnă nu numai menținerea unui ritm alert, rapiditatea în fapt a derulării actelor, operațiunilor de procedură dar și înlăturarea unor activități, etape care nu ar prezenta utilitate în procedură, apreciindu-se că doar unele sunt obligatorii, iar acest din urmă aspect implică și intervenția la nivel legislativ.

Consacrarea, în reglementarea procedurii, a unei instituții juridice noi, aceea a **procedurii simplificate**, a avut în vedere și cerința derulării cu celeritate a procedurii insolvenței.

De asemenea, în raport cu cerința celerității, în practica judiciară există tendința aplicării în mod restrictiv a dispozițiilor privind suspendarea derulării procedurii precum și posibilitatea ca în demersurile privind **recuperarea creanțelor** lor, creditorii să accepte recuperarea parțială dar într-un termen scurt, în ideea că este mai profitabil să se recupereze mai puțin dar mai repede (cu posibilitatea rulării ulterioare a sumelor astfel obținute pentru acoperirea integrală a pierderilor inițiale) decât să se recupereze mai mult dar eventual și incert precum și într-un termen îndelungat.

§2. Principiul unității și colectivității procedurii insolvenței

Principiul în discuție rezultă în mod explicit din cuprinsul prevederilor art. 2 coroborat cu art. 3 pct. 3 din Legea nr. 85/2006, potrivit căreia procedura insolvenței reglementată în mod unitar prin legea menționată este o **procedură colectivă**, în care creditorii recunoscuiți participă împreună la urmărirea și recuperarea creanțelor lor, în modalitățile prevăzute de legea respectivă.

Acest principiu ține de natura procedurii insolvenței, care opune debitorului, **masa creditorilor** și prevede un regim juridic unitar pentru fiecare dintre aceștia din urmă.

Consecința aplicării acestui principiu este, în primul rând, aceea că derularea procedurii se raportează la întreaga colectivitate a creditorilor, iar nu numai la creditorul care a formulat **cererea introductivă** prin admiterea căreia s-a deschis procedura. De asemenea, **închiderea procedurii** poate interveni nu prin raportarea plății doar la unul sau mai mulți creditori, ci a tuturor acelor care au formulat **declarații de creanță**. De exemplu, în cazul în care s-a deschis procedura la cererea unui creditor iar ulterior și alți creditori au formulat declarații de creanță în cauză, debitorul nu poate, plătind doar creanța creditorului titular al cererii introductive, să formuleze recurs împotriva hotărârii prin care s-a deschis procedura cerând închiderea acesteia sau respingerea cererii intro-

ductive (cu același efect). Aceasta deoarece starea de insolvență a debitorului se menține în continuare în raport cu celelalte creanțe neachitate ceea ce justifică desfășurarea în continuare a procedurii.

Aplicarea principiului în discuție are aceeași conotație și în cazul renunțării la judecată sau a cererii de suspendare din partea doar a unuia dintre creditori sau în cazul formulării separate a mai multor cereri de deschidere a procedurii, care trebuie conexe.

Trebuie menționat în acest context că de esența procedurii este starea de insolvență iar nu numărul creditorilor. Insolvența poate interveni și în raport doar cu un singur creditor. Faptul că într-un caz nu intervin doi sau mai mulți creditori, ci unul singur nu înseamnă că nu se mai poate discuta despre procedura insolvenței. Posibilitatea sindicalizării creditorilor este un beneficiu al procedurii iar nu o condiție de existență a acesteia. Instituțiile și regulile specifice procedurii sunt concepute pentru ipoteza mai multor creditori, dar în care, *de facto*, se include și ipoteza cu un singur creditor, ipoteză care nu este în măsură, astfel, să înlăture nici aplicabilitatea generală a principiului în discuție.

§3. Principiul maximizării averii debitorului

Constă în cerința efectuării tuturor demersurilor procedurale legale pentru creșterea valorii averii debitorului astfel încât, pe calea reorganizării activității acestuia sau a distribuțiilor directe efectuate în procedura falimentului, să se maximizeze recuperarea creanțelor.

Principiul trebuie înțeles în sensul că maximizarea averii debitorului trebuie să se facă în raport chiar cu bunurile din cuprinsul acesteia, iar nu pe seama bunurilor din averea unei terțe persoane. În acest înțeles, legiuitorul a prevăzut expres dispoziții referitoare la demersurile procedurale în aplicarea acestui principiu, corelative următoarelor direcții specifice, consacrandu-se în mod indirect principiul în discuție:

a) readucerea la masa activului (averea debitorului) a bunurilor debitorului care la data deschiderii procedurii nu se află efectiv în cuprinsul acesteia, ieșind în mod fraudulos, prin **transferurile** efectuate de debitor în dauna creditorilor.

În acest sens sunt acțiunile în anularea unor transferuri efectuate de debitor în ultimii 3 ani anteriori deschiderii procedurii, prevăzute de art. 79- 80 din legea insolvenței

b) creșterea averii debitorului pe baza exploatării sau lichidării eficiente a bunurilor acestuia.

Sub acest aspect legea insolvenței, prin art. 86, permite menținerea unor contracte în cazul în care contraprestațiile cuvenite debitorului sunt în măsură să determine creșterea valorii averii debitorului. În același sens sunt și prevederile art. 116 alin. (1), referitor la efectuarea unei reclame corespunzătoare pentru vânzarea bunurilor, vânzarea bunurilor în bloc pentru un preț mai mare decât suma valorii bunurilor privite în mod individual, etc.

c) stoparea pierderilor ce pot amenința averea debitorului.

În acest context sunt de menționat, de exemplu, dispozițiile art. 86 în sensul denunțării unor contracte oneroase pentru debitor, ale art. 20 alin. (1) lit. l) din lege, privind recuperarea propriilor creanțe ale debitorului.

Aptitudinile **practicianului în insolvență** în sensul maximizării averii debitorului în beneficiul creditorilor și de ce nu, al debitorului, constituie unul dintre criteriile importante în raport cu care practicienii în insolvență sunt categorisiți drept buni sau mai puțin buni profesioniști.

Dispozițiile art. 126 din Legea nr. 85/2006 în sensul că în cazul grupului de interes economic or al societății în nume colectiv sau în comandită, pentru **plata creanțelor** se poate recurge, în completare, la autorizarea executării silite împotriva asociaților cu răspundere nelimitată sau a membrilor, nu constituie o expresie a principiului maximizării averii debitorului, cum s-a mai susținut în doctrină, deoarece, în primul rând, în ceea ce privește **executarea silită** în completare, aceasta nu mai vizează averea debitorului. De asemenea, nici prevederile art. 138 și următoarele nu constituie în sine o manifestare a principiului în discuție pentru același motiv ca în ipoteza precedentă, faptul că sumele rezultate din executare pot ajunge în averea debitorului în caz de reorganizare neînsemnând o maximizare ci o creștere a averii respective pe baza averii unei terțe persoane.

§4. Principiul participării active a creditorilor

Prin mai multe dispoziții pe care le cuprinde, Legea nr. 85/2006 determină, chiar impune, o prezență activă în procedură din partea creditorilor.

În primii ani de aplicare a Legii nr. 64/1995, după ce aproape 50 de ani nu fusese aplicată în fapt nici reglementarea falimentului din Codul comercial, prin multe dintre **declarații de creanță** formulate în diferite cauze creditorii solicitau judecata cererii în lipsa lor și indicau contul bancar în care judecătorul sindic să efectueze virarea sumelor în contul creanței lor. Opusul acestei neparticipări a creditorilor la derularea procedurii este expresia principiului în discuție, care transpare dintr-o serie de dispoziții din cuprinsul Legii nr. 85/2006, în special cele care privesc reglementarea **comitetului creditorilor** (devenit în noua lege un organ deliberativ iar nu doar consultativ) și a **adunării creditorilor**, posibilitatea creditorilor de a determina desemnarea practicianului în insolvență, cenzurarea deciziilor manageriale ale acestuia sub aspectul oportunității, determinarea deciziilor importante în derularea procedurii (votarea sau nu a planului, etc).

Secțiunea a 8-a. Cheltuielile de administrare și cheltuieli de judecată în procedura insolvenței

§1. Cheltuieli de administrare a procedurii insolvenței

Cheltuielile de administrare a procedurii, denumite expres în cuprinsul Legii nr. 85/2006 **cheltuieli aferente procedurii** [art. 4 alin. (1)] sau cheltuieli administrative [art. 102 alin. (4), art. 131], reprezintă sumele de bani necesare pentru derularea procedurii.

Dispozițiile legale menționate precum și art. 121, art. 123 din lege enumeră astfel de cheltuieli, fără ca enumerarea să fie limitativă.

Astfel, se includ în cheltuielile aferente procedurii cheltuielile pentru notificări, convocări sau comunicări de acte de procedură efectuate de practicianul în insolvență, onorariul/retribuția administratorului judiciar sau a lichidatorului, remunerațiile persoanelor angajate în procedură

potrivit art. 10, 23, 24, etc., costurile de administrare sau conservare a bunurilor debitorului, taxe, timbre sau alte cheltuieli aferente vânzării bunurilor debitorului și altele.

Nu se includ în cheltuielile aferente procedurii, de exemplu cheltuielile cu citarea, comunicarea actelor de procedură, etc. efectuate de instanțe – pentru care se prevede în mod legal o sursă distinctă de acoperire.

Fondul de lichidare prevăzut de art. 4 alin. (4) este de aplicație generală, fiind afectat întregii proceduri, iar nu cum ar putea rezulta aparent din denumirea lui, doar pentru lichidarea judiciară (faliment).

Problema restituirii cheltuielilor de administrare efectuate din fondul de lichidare.

S-a susținut în doctrină, în contextul analizei art. 4 și al afirmării ideii privind suportarea costurilor procedurii din averea debitorului, făcându-se o distincție necesară între cheltuielile efectuate cu privire la **continuarea activității** debitorului în sensul art. 49 din lege, pe de o parte, și cheltuielile cu administrarea și conservarea bunurilor debitorului, pe de altă parte, că cheltuielile efectuate cu continuarea activității pot fi făcute doar dacă respectiva continuare a activității aduce profit sau se poate estima că eventuala pierdere se poate recupera iar dacă pentru astfel de cheltuieli se solicită sume provenind din fondul de lichidare trebuie precizat dacă lipsa de disponibilități a debitorului este tranzitorie sau definitivă, pentru că în primul caz sumele utilizate și ulterior recuperate trebuie returnate la fondul de lichidare mai înainte de orice distribuire efectuată în procedură conform art. 121 sau 123 și următoarele din Legea nr. 85/2006.

Se susțin astfel câteva idei: continuarea activității în sensul prevăzut de art. 49 ar constitui un act intrinsec al procedurii insolvenței, sumele cheltuite în scopul arătat din fond se restituie acestuia, unele chiar mai devreme, dacă lipsa de disponibilități a debitorului a fost tranzitorie sau cel mai târziu la momentul distribuirii în raport cu art. 121 sau 123 și următoarele din Legea nr. 85/2006.

Ipoteza în discuție comportă analiza mai multor aspecte complexe.

Astfel, continuarea activității prevăzută la art. 49 nu trebuie confundată cu continuarea unor activități în raport cu dispozițiile art. 86

sau a activității în baza planului prevăzut la art. 94 și următoarele, acestea fiind distincte una de alta, constituind specii ale aceluiași gen.

În primul rând continuarea activității debitorului în **perioada de observație** – care constituie un aspect ce ține mai mult de administrarea debitorului, iar nu a procedurii în sens restrâns – nu este permisă, în general, după deschiderea procedurii și în această măsură nu se pune în niciun fel problema de a fi aferentă procedurii. În condițiile prevăzute la art. 49 din Legea nr. 85/2006, exclusiv în perioada de observație, poate fi obținută, însă, continuarea activității debitorului sub unele aspecte.

Referitor la o astfel de continuare a activității s-a apreciat, într-o primă opinie, că ar constitui un act de procedură propriu-zis, cu consecința că din moment ce art. 4 alin. (1) se referă la cheltuielile aferente procedurii, toate cheltuielile implicate de respectiva continuare a activității pot fi suportate, în lipsa disponibilităților debitorului și din fondul de lichidare.

Într-o opinie contrară s-a considerat că nu acesta este înțelesul dispozițiilor legale. Astfel, nu tot ce are legătură în fapt cu continuarea activității debitorului devine și un act propriu-zis al procedurii insolvenței. Procedura insolvenței nu include în sine și activități de producție, comerciale, etc, care sunt proprii activității unui întreprinzător sau comerciant; cel mult poate viza indirect astfel de activități, prin acte de procedură propriu-zise, dar acestea din urmă sunt, în sine, distincte de activitățile în discuție, nu se pot confunda cu acestea. Sunt acte de procedură într-o astfel de situație, de exemplu, dispunerea continuării executării unui contract, supravegherea sau conducerea exercitată de administratorul judiciar potrivit art. 49 alin. (1) lit. a), b) sau **convocarea** prevăzută la alin. (2), pentru care cheltuielile se vor putea efectua potrivit art. 4, de la debitor sau din fondul de lichidare, dar nu vor constitui acte de procedură și actele sau faptele care constituie conținutul propriu-zis al continuării activității, cum ar fi, de exemplu în cazul continuării producției, utilizarea curentului electric sau a angajaților pentru continuarea producției, pentru că acestea nu țin de procedură ci de activitatea debitorului. Pentru cheltuielile implicate de acestea nici nu sunt aplicabile dispozițiile art. 4, ele putând fi acoperite doar de la debitor, pe baza unei alte rezoluții legale.

În raport cu cele arătate, considerăm necesare o serie de precizări. Procedura insolvenței reprezintă, în derularea ei, o succesiune de acte și fapte. Dintre acestea, cele care privesc desfășurarea procedurii în instanță și constituie obiectul de reglementare al celei mai mari părți dintre dispozițiile existente în economia Legii nr. 85/2006, sunt considerate, într-o opinie, actele de procedură în sine. Dar aceste acte nu constituie conținutul exhaustiv al procedurii, care se desfășoară, prin acte, fapte și în afara instanței, în raport cu debitorul, adunarea/comitetul creditorilor, etc. prin intermediul practicianului în insolvență. Acestea din urmă, se reflectă în cea mai mare parte în primul rând în cuprinsul raportului lunar de activitate al practicianului în insolvență și nu se bucură decât de o reglementare restrânsă în cuprinsul legii insolvenței [art. 20 alin. (1) lit. f), art. 49, art. 86, etc.]. Cursul reglementării legale este însă în sensul dezvoltării și sub acest din urmă aspect, inclusiv instituțional. Oricum, fie realizate în raport cu instanța, fie în afara acesteia, avem de a face cu acte sau fapte care constituie, în egală măsură, procedura insolvenței. Prin urmare nu acest aspect poate fi hotărâtor în legătură cu măsura în care se poate recurge la fondul de lichidare pentru orice act de procedură.

În concret, trebuie să se recurgă pentru analiza sub aspectul în discuție, de la caz la caz, la dispozițiile legale și principiile de drept care guvernează procedura insolvenței.

Astfel, în cazul continuării unor **activități curente**, din cuprinsul art. 3 pct. 14 rezultă că se are în vedere o astfel de continuare „în cursul normal al comerțului” debitorului; un astfel de curs exclude de la sine recurgerea la fondul de lichidare, care este specific unei situații diferite a debitorului, după deschiderea procedurii împotriva acestuia. Neraportarea la fondul de lichidare în situația în discuție rezultă, de altfel și din prevederile art. 49, pe cale de interpretare.

În cazul continuării executării unor contracte, potrivit art. 86, se are în vedere îndeosebi **principiul maximizării averii debitorului**, în raport cu care recurgerea la fondul de lichidare ar fi contradictorie.

Chiar și în cazul continuării activității debitorului pe baza planului, acesta din urmă trebuie să indice mijloacele financiare disponibile și, de principiu, printre acestea nu se poate număra și fondul de lichidare.

Prin urmare, în cadrul continuării unor activități de către debitor în perioada de observație vor putea fi plătite conform art. 4, de exemplu, **onorariul** administratorului judiciar – din averea debitorului sau fondul de lichidare, în schimb, de exemplu, salariile pentru activitatea de continuare a producției, facturile pentru curentul electric utilizat în producție, etc. vor putea fi acoperite, după cum s-a arătat, doar de către debitor, dacă dispune de resursele necesare. În același context, vor putea fi plătite și din fondul de lichidare facturile pentru curentul utilizat pentru iluminarea incintei debitorului, în măsura în care iluminarea este necesară pentru activitatea de pază a bunurilor debitorului, activitate care se include în aceea de administrare și conservare a bunurilor debitorului.

De asemenea, considerăm că ideea de „profit” în urma acestei continuări a activității nu este indispensabilă. Continuarea activității poate însemna și continuarea unei activități de producție, dar aceasta, în general pentru a nu se reduce averea debitorului (de exemplu, nu este cazul să se oprească la jumătatea lui un ciclu de producție ci să se aștepte obținerea produselor finite, pentru a nu se pierde altfel materiile prime, salariile cheltuite până atunci, etc.). Desigur că o continuare a activității de producție implică cel puțin urmărirea obținerii de profit, dar considerăm că acest aspect nu trebuie să fie esențial pentru aprobarea continuării activității. În procedură, continuarea activității în ideea obținerii de sume în plus este prevăzută, în principal, pentru reorganizarea pe baza planului, deci nu trebuie nici ca instituția continuării activității prevăzută de art. 49, considerată de legiuitor ca fiind limitată și de excepție să concureze în procedură cu reorganizarea judiciară. Așadar, revine celor implicați în aplicarea dispozițiilor art. 49 să discearnă în mod corect, făcând distincțiile necesare, asupra a ceea ce implică în concret – sub aspectul conținutului, oportunității și legalității – o cerere de aprobare a continuării activității. În acest context, dacă la susținerea cererii nu se dovedește că debitorul poate să-și asigure singur disponibilitățile bănești (dacă acestea trebuie să fie doar proprii sau pot fi și din alte surse e o altă problemă, în context interesând doar relația față de fondul de lichidare) necesare derulării activităților pentru care se solicită aprobarea continuării activității, cererea trebuie respinsă,

evident, pentru că nu se poate accepta ca activitatea debitorului, redresarea acesteia, să se bazeze pe sume de la fondul de lichidare.

Oricum, continuarea activității nu se poate face în scopul plății creanțelor declarate în procedură, trebuind să se facă o departajare necesară sub acest aspect.

Ipoteza restituirii sumelor utilizate de la fondul de lichidare reliefează și o serie de aspecte contradictorii în contextul derulării procedurii conform reglementării legale. Astfel, distribuirea prevăzută de art. 121 și 123 și următoarele din Legea nr. 85/2006 intervine doar în faliment. Or, cheltuielile de administrare a procedurii pot apare încă din perioada de observație, iar pe de altă parte, continuarea activității în sensul art. 49 este prevăzută expres doar pentru perioada de observație, care, în raport cu definiția prevăzută la art. 3 pct. 15 din lege nu este prevăzută expres și în procedura falimentului (deși se poate reține eventuala existența în fapt a unor similitudini), ceea ce înseamnă că legiuitorul nu a avut în vedere ca, în principiu, în faliment să existe posibilitatea continuării activității debitorului.

Desigur că aprecierea în sensul restituirii mai devreme la fond a sumelor cerute, în contextul unei lipse tranzitorii a disponibilităților, ar putea părea – ruptă din contextul procedurii – justificată în sine, fiind perfect valabil să se facă o distincție nu numai asupra conținutului ci și asupra consecințelor ce sunt atrase, pe de o parte, în privința cheltuielilor de administrare și conservare a averii debitorului, care în mod indiscutabil au natura unor cheltuieli aferente procedurii, fiind chiar individualizate astfel în art. 121 sau 123 și, pe de altă parte, cheltuielile pentru continuarea activității debitorului.

Prin cele arătate mai sus rezultă, însă, că nu se pune problema acordării de la fondul de lichidare a sumelor necesare pentru producție, etc, adică pentru conținutul propriu zis al continuării activității – de aceasta fiind legat profitul, deci nu se pune nici problema restituirii la fond mai devreme decât distribuirea potrivit art 121 sau 123 a unor astfel de sume.

În ceea ce privește restituirea la fond a cheltuielilor aferente procedurii propriu-zise trebuie făcute în mod corect distincțiile legale.

În contextul în care niciunde în lege nu se prevede expres, în nicio ipoteză, restituirea la fondul de lichidare a sumelor cheltuite din acesta,

credem că mai întâi trebuie lămurit [și aceasta nu doar în raport cu susținerile din doctrină, care pot fi reținute fie și doar în sensul că ar stabili un criteriu de aprobare a continuării activității referitor la existența șanselor de profit pentru recuperarea cheltuielilor, dar și în raport cu formularea art. 4 alin (1),(4),(9)] în primul rând dacă există în general vreo obligație legală în sensul restituirii sumelor cheltuite din fond și numai dacă există se poate pune și problema momentului și modului în care trebuie efectuată restituirea.

Pentru o analiză în acest sens trebuie pornit de la regula instituită prin art. 4 alin. (1) formulată în sensul că toate cheltuielile aferente procedurii vor fi suportate din averea debitorului. Înțelesul acesteia poate fi în sensul că **cheltuielile de administrare a procedurii** se fac doar din averea debitorului, iar în lipsa disponibilităților regula permite apelarea la **fondul de lichidare** doar sub condiția recuperării sumelor de la debitor și a restituirii lor la fond? Sau averea debitorului este sursa la care se recurge în mod prioritar iar fondul constituie o alternativă distinctă, fără a se pune problema restituirii la fond a sumelor cheltuite din acesta?

Referitor la aceste aspecte dispozițiile art. 4, 102, 121, 123 din lege nu sunt în mod expres întrutotul lămuritoare.

Credem că prin dispozițiile art. 4 alin. (1) și alin. (4) se stabilesc două surse alternative și distincte, în succesiunea prevăzută, pentru cheltuielile de administrare (recurgerea la fond fiind determinată doar de lipsa disponibilităților în averea debitorului; în general, asupra acestei lipse nu se face de către legiuitor nici o distincție), precum și ordinea în care se utilizează aceste surse. Doar dacă nu există disponibilități bănești în averea debitorului se trece la utilizarea fondului, fără obligația asupra averii debitorului de a restitui sumele cheltuite la fond. În acest sens este formularea art. 4 alin. (1) și (4) și faptul că sumele din fond provin din taxe, care se plătesc în ideea asigurării unui contravaleant; în speță taxele din care provin sumele vărsate la fondul de lichidare sunt taxe plătite la registrul comerțului pentru a se asigura sumele necesare pentru administrarea procedurilor de insolvență, dacă debitorii nu au disponibilități. Prin nicio dispoziție nu se dispune că aceste sume cheltuite trebuie recuperate la fond. Ar însemna că fondul împrumută sumele și atât, din moment ce nu se prevede nici că fondul

devine creditor cu dreptul de a interveni în procedură în această calitate pentru a recupera sumele respective. În alte situații similare a intervenit o dispoziție legală în acest sens; de exemplu, în cazul fondului de garantare a depunerilor bancare se prevede că fondul plătește suma garantată creditorilor, iar pentru sumele plătite fondul se constituie creditor în procedură împotriva debitorului. Cine ar fi creditorul obligației de restituire, dacă fondul de lichidare nu are personalitate juridică, iar UNPIR are doar calitatea de administrator!

Nici dispozițiile art. 4 alin. (9) nu implică expres ideea recuperării sumelor cheltuite din fondul de lichidare; de asemenea, nu este cazul să se rețină nici că ar implica ideea existenței posibilității recurgerii la fond doar în faliment, pentru că evident, cheltuielile de administrare a procedurii încep de la deschiderea acesteia, nu numai în sensul trecerii direct la faliment prin **procedura simplificată** ci și în ceea ce privește **procedura generală**. De fapt, dispozițiile art. 4 alin. (9) prevăd că cheltuielile se vor înscrie în **planul de distribuire** drept cheltuieli de lichidare. Aceasta ar însemna că din valoarea obținută prin lichidarea bunurilor debitorului se vor plăti sumele respective – dar în acest punct argumentarea susținerii se oprește pentru că plata trebuie să se facă unui creditor al sumei; or, chiar dacă cheltuielile de administrare a procedurii nu trebuie trecute și în **tabloul creditorilor** pentru a putea fi trecute în planul de distribuire, nu există dispoziții legale care să prevadă că beneficiarul sumelor cu acest titlu este fondul de lichidare. În plus, la momentul întocmirii planului de distribuire, cheltuielile din sumele de la fondul de lichidare au și fost efectuate în fapt; de exemplu taxele la notar, onorariul lunar al lichidatorului, etc. Dacă nu s-ar reține efectuarea cheltuielilor anterior planului de distribuire, ar însemna că efectuarea cheltuielilor respective nu a intervenit anterior ci se va face în prezent, conform planului de distribuire, ceea ce exclude în sine necesitatea luării anterioare a unor sume de la fond; iar pe de altă parte, sumele trecute în planul de distribuire cu acest titlu au fost deja achitate din banii de la fond celor cărora li se datora pentru prestațiile efectuate, deci sumele din planul de distribuire vor rămâne practic în averea debitorului, iar ca să se remită creditorilor ar trebui să se facă un nou plan de distribuire. Exprimat într-o modalitate mai simplă, chiar dacă sumele provin de la debitor, dispozițiile art. 4 alin (9) au aplicare, iar

față de momentul planului de distribuire sumele au fost cheltuite deja, ceea ce înseamnă că trecerea în planul de distribuire nu se mai face practic în vederea plății efective (care a intervenit deja) ci doar pentru evidența contabilă a procedurii, ceea ce lămurește problema în discuție.

În fapt, nu trebuie uitat că regula în procedura insolvenței nu este plata anticipată a activităților, serviciilor ce trebuie realizate pentru derularea procedurii, a căror contravaloare este vizată, ci plata ulterioară. Cel puțin în cazul **falimentului**, în care toate activitățile relevante sunt de fapt aferente, pregătitoare pentru vânzarea bunurilor debitorului și distribuirea prețului obținut, această regulă se impune categoric și, dealtfel, singurele dispoziții care pentru această perioadă se referă la plată, inclusiv a cheltuielilor de administrare a procedurii (dispozițiile art. 121 respectiv, art. 123 și urm.) prevăd această plată cu caracter ulterior, iar nu anterior sau contemporan momentului efectuării prestației care trebuie plătită. Planul de distribuire se întocmește dacă au existat bunuri în averea debitorului și s-au obținut din valorificarea acestora sume care trebuie distribuite. Dacă nu sunt bunuri nici măcar pentru asigurarea sumelor pentru administrarea procedurii, procedura obișnuită nu se continuă pentru a se ajunge la planul de distribuire, ci se încheie conform art. 131. În această situație nu va fi nevoie să se recurgă la fondul de lichidare, pentru că se încheie procedura în orice stadiu, fără a mai trebui realizate activități care să fie plătite, cum ar fi întocmirea **tabelului obligațiilor**, planului de distribuire, bilanțului final, etc. Chiar dacă vor trebui plătite unele sume, de exemplu onorariul lichidatorului, în faliment sau a onorariului administratorului judiciar, în perioada de observație, pentru activitățile reduse efectuate totuși de acesta, iar aceste sume nu pot proveni decât de la fond, plata lor va trebui să fie dispusă prin hotărârea de închidere și se va realiza tot cu caracter ulterior; de regulă, nu se pune problema aplicării art. 131 în procedura de reorganizare propriu-zisă și nici problema acoperirii cheltuielilor necesare acestei proceduri din fondul de lichidare, pentru că în acest caz plățile trebuie prevăzute și efectuate conform planului iar sursele trebuie asigurate de debitor și menționate în plan. Dispozițiile art. 4 alin. (9) ar mai putea însemna în contextul aplicării art. 131 cel mult că nu se ajunge direct cu prevederea cheltuielilor de administrare în hotărârea de închidere ci se întocmește planul de distribuire (cu justificarea

că acesta asigură contestarea sumelor conținute, de către cei interesați și cenzurarea de instanță) și **bilanțul final**, dar considerăm o asemenea interpretare exagerată și prea formalistă, față de radicalitatea dispozițiilor art. 131 și de faptul că planul de distribuire, bilanțul final sunt **acte de procedură** prevăzute pentru procedura comună, în raport cu care aplicarea art. 131 este o ipoteză de excepție, derogatorie.

În practică, în mod obișnuit se cere plata de către prestatori, terți față de procedură (de ex. plata tarifelor pentru trimiterea poștală a notificărilor, comunicărilor, plata taxelor și onorariului notarului în cazul vânzării bunurilor debitorului, etc.) la data efectuării prestației respective, anterior distribuirii sumelor obținute din valorificarea bunurilor din averea debitorului. Dacă la acea dată debitorul nu deține disponibilități bănești credem că nu ar trebui să se recurgă la fondul de lichidare ci să se aștepte și de către prestatorul, terțul creditor să i se facă plata la data la care se vor face distribuirile din procedură. În acest context, la fondul de lichidare ar trebui să se apeleze, în principiu, doar când nu sunt bunuri sau nu sunt bunuri suficiente în averea debitorului (nu doar când nu sunt disponibilități). Cum însă de cele mai multe ori este clar că nu se va accepta o asemenea amânare a plății, trebuie să se recurgă la luarea sumelor necesare din fondul de lichidare (la care se apelează deci, atunci când nu sunt disponibilități bănești) pentru plata la data efectuării prestației. Ulterior, din valorificarea bunurilor debitorului, în averea acestuia se obțin sume de bani din care nu se va mai pune problema plății către fondul de lichidare a sumelor preluate din acesta, pentru că nu există dispoziții legale în acest sens. În exemplul dat și prestatorul a fost plătit, astfel că sumele rămân în averea debitorului și vor fi distribuite creditorilor. Din cele arătate rezultă o serie de incongruențe sub aspectele în discuție, ceea ce ar justifica, *de lege ferenda*, precizarea în mod corespunzător a prevederilor Legii nr. 85/2006.

*

Potrivit art. 2 **scopul procedurii** este acoperirea **pasivului debitorului**. Fără a lua în discuție aici acțiunea în baza art. 138, care comportă aspecte distincte, este evident că scopul menționat poate fi realizat doar în măsura în care debitorul este solvabil (are bunuri, inclusiv disponibilități) și poate plăti cel puțin **cheltuielile de administrare a procedurii**. Beneficiarii sumelor plătite cu acest titlu devin practic tot creditori, ai

procedurii și ai debitorului, față de dispozițiile art. 4 alin. (1), aceste creanțe plătindu-se cu prioritate în procedură. Dacă debitorul nu deține bunuri, atunci scopul nu poate fi realizat și, în consecință, procedura nu trebuie să mai continue, trebuind să fie închisă, pentru lipsa obiectului activității în cazul **reorganizării judiciare** și, respectiv, pentru lipsa obiectului lichidării în cazul falimentului (celelalte scopuri ale procedurii - **dizolvarea debitorului**, **radierea** - sunt realizabile conform prevederii legale exprese din art. 131, cu mențiunea că în cazul aplicării dispozițiilor respective în perioada de observație din procedura generală, radierea intervine fără dizolvarea prealabilă, ceea ce e justificat de faptul că treapta intermediară a dizolvării nu mai este necesară din moment ce în lipsa bunurilor nu se mai pune și problema lichidării, care nu ar avea obiect). În cazul art. 131 legea îi prevede pe creditorii ca o a treia sursă posibilă de acoperire a cheltuielilor de administrare a procedurii, neobligatorie însă pentru aceștia, doar în măsura în care „se oferă” să continue procedura chiar și în aceste condiții, în raport cu diverse interese posibile.

§2. Cheltuieli de judecată

Cheltuielile de judecată efectuate de către părți, solicitate și admise în cadrul procedurii insolvenței nu constituie cheltuieli aferente administrării procedurii, în sensul avut în vedere prin dispozițiile art. 4 din Legea nr. 85/2006, fiind distincte de acestea și circumscrise procedurii.

Pot fi astfel de cheltuieli contravaloarea **taxei judiciare de timbru** și a **timbrului judiciar** achitată de creditorii pentru cererea de declarare a creanțelor lor, onorariul avocatului angajat în cauză de către părți, onorariul de expert, etc.

Legea nu se referă expres la aceste cheltuieli în contextul nici uneia dintre etapele procedurii, nici referitor la criteriile de soluționare a eventualei cereri formulate sub acest aspect, nici referitor la modul de realizare a creanței având ca obiect astfel de cheltuieli. Taxele și timbrele la care fac referire art. 121 și 123 nu sunt avute în vedere cu titlu de cheltuieli de judecată, ci de **cheltuieli de administrare a procedurii**.

Aparent, doar, din această omisiune a legii ar putea rezulta, chiar că cererea de cheltuieli de judecată și, în consecință, realizarea creanței

constituită pe baza acestor cheltuieli nu ar trebui să constituie în vreun fel obiectul procedurii insolvenței, în condițiile în care nicio dispoziție nu susține expres, în raport cu art. 149 din Legea nr. 85/2006, aplicabilitatea art. 274 și următoarele din Codul de procedură civilă și în procedura insolvenței.

Dacă în privința criteriilor pentru soluționarea cererii de acordare a acestor cheltuieli în procedura insolvenței pot fi aplicate dispozițiile Codului de procedură civilă (art. 274 și urm.), în baza art. 149 din Legea nr. 85/2006, pentru realizarea lor efectivă în procedura insolvenței, dispozițiile legii speciale nu prevăd când și cum se poate face aceasta.

Interesează, în discuție, cheltuielile de judecată cu privire la care, în cadrul derulării procedurii, s-a obținut admiterea cererii în acest sens de către creditorii sau alți participanți iar nu și cheltuielile de judecată obținute în afara procedurii insolvenței, acestora din urmă fiindu-le aplicabil regimul juridic referitor la orice **creanță**. Atât în cazul creanțelor obținute de către creditorii sau alți participanți, cât și în cazul celor obținute de către debitor în derularea procedurii, cheltuielile de judecată constituie creanțe născute în timpul acesteia, cu privire la care se pune problema măsurii în care pot fi realizate sau nu în cadrul procedurii.

Faptul că reglementarea legală nu exclude din realizarea scopului procedurii creanțele născute/dobândite și după deschiderea procedurii, în timpul derulării acesteia (atât în procedura generală cât și în procedura simplificată), rezultă dintr-o multitudine de dispoziții ale Legii nr. 85/2006: din art. 41 alin. (4), în mod indirect, în sensul că din moment ce se prevede că acestora nu li se adaugă **majorări și penalități**, ele sunt avute în vedere pentru recuperare în procedură; din art. 107 alin. (2) lit e), art. 108 alin. (3), (5), (6), art. 109 alin. (4), etc.

În raport cu textele legale existente este relativ dificil de stabilit momentul la care, în funcție de apariția lor în derularea procedurii, legea permite declararea cu titlu de creanțe a cheltuielilor de judecată, aspect în funcție de care pot fi incluse în **tabelul obligațiilor** și în planul de distribuire pentru a fi supuse plății efective. Astfel, din cuprinsul art. 61 alin. (1), art. 62 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006 nu se poate reține dacă cererea de creanță la care se referă acestea poate include

doar creanțele existente la data deschiderii procedurii sau și pe cele ulterioare. Dispozițiile art. 64 alin. (1) se referă clar la creanțele anterioare datei deschiderii. Totodată, din art. 107, 108, art. 109 menționate anterior, rezultă că problema creanțelor născute după deschiderea procedurii, evident și a celor născute după deschiderea falimentului se pune abia în momentul trecerii la faliment. Aceasta nu înseamnă, în **procedura generală**, că pentru toate creanțele născute după deschiderea procedurii s-ar putea face cerere de declarare doar la momentul trecerii la faliment, ci astfel după cum se va arăta în continuare.

În general, unele cheltuieli de judecată sunt obținute suficient de devreme în derularea succesivă a procedurii pentru a se solicita includerea lor în tabelul obligațiilor debitorului (definitiv sau definitiv consolidat) sau în **planul de reorganizare**, pentru a fi apoi plătite în procedura de reorganizare sau de lichidare potrivit regulilor de distribuire din cadrul acestora. Alte cheltuieli de judecată nu sunt obținute într-un timp util.

Pentru cheltuielile de judecată obținute în prima parte a procedurii, de exemplu prin hotărârea de deschidere a procedurii, considerăm că ele chiar dacă nu sunt născute anterior deschiderii procedurii sunt simultane cu aceasta. După **deschiderea procedurii** până la termenul legal de depunere a **declarațiilor de creanță** este, desigur, puțin probabil ca debitorul să mai fie obligat la cheltuieli de judecată față de un creditor sau altul, dar nu imposibil, mai ales că termenul menționat poate fi prelungit. În acest caz, creanța reprezentând cheltuieli de judecată, ca orice altă creanță dobândită în această perioadă a procedurii, ar trebui să poată fi declarată în termenul legal. Aceasta înseamnă că pot fi declarate, conform art. 61 și următoarele din Legea nr. 85/2006, nu numai creanțele existente până la momentul deschiderii procedurii, ci și acelea născute inclusiv până la împlinirea termenului legal de depunere a cererii de creanță. În acest sens se mai poate argumenta prin faptul că accesoriile pentru creanțele garantate curg și în timpul procedurii și reprezintă tot o creanță; prin faptul că potrivit art. 64 alin. (4) pot fi declarate chiar creanțele încă nescadente; prin faptul că din economia dispozițiilor legii nu reiese intenția legiuitorului de a înlătura din procedură, de principiu, unele creanțe, ci de a le înlătura doar dacă nu sunt declarate în termen; prin faptul că în plan pot fi trecute chiar

creanțe mai mari decât cele admise în tabelul definitiv dacă se negociază și se votează în acest sens, etc.

În cazul cheltuielilor de judecată obținute după trecerea termenului prevăzut de art. 62 alin (1) lit. b), în mod evident pentru acestea nu se mai poate depune cererea în termenul legal respectiv și nici nu pot fi menționate în **tabelul definitiv al tuturor creanțelor** debitorului. Dar, trebuie avut în vedere că depunerea cererii de creanță ulterior împlinirii termenului arătat este sancționată în mod expres doar referitor la creanțele anterioare deschiderii procedurii, prin dispozițiile art. 76 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 85/2006, cu decăderea creditorului din dreptul de a participa la distribuiri în procedură inclusiv în ceea ce privește creanța respectivă, atât în cazul reorganizării judiciare cât și al procedurii falimentului. **Decăderea** poate fi invocată oricând, de orice parte interesată, pe cale de acțiune sau de excepție, potrivit art. 76 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

În cazul în discuție este vorba, însă, nu de creanțe anterioare deschiderii procedurii ci născute în timpul acesteia. În consecință, în condițiile acceptării din partea debitorului în urma negocierilor și a **votului** creditorilor, o astfel de creanță poate fi inclusă în continuarea procedurii în programul de plată a creanțelor din planul de reorganizare confirmat. De asemenea, creanțele născute după împlinirea termenului prev. de art. 62 alin. (1) lit b) în cadrul procedurii, inclusiv cu titlu de cheltuieli de judecată vor putea fi înglobate nu numai în plan, ci vor putea fi avute în vedere pentru verificare și includere în **tabelul definitiv consolidat**, în cazul trecerii la faliment, ca de altfel și cele născute după trecerea la faliment.

În cazul creanțelor cu titlu de cheltuieli de judecată care sunt obținute după întocmirea tabelului definitiv consolidat – spre sfârșitul procedurii falimentului creditorii putând avea chiar tendința de a cere onorarii de avocat substanțiale cu titlu de cheltuieli de judecată, fie justificat fie nejustificat, numai pentru oportunitatea de a le obține – aprecierea posibilității legale de recuperare a lor este mai dificilă. Aceasta, deoarece legea prevede că distribuirile se pot face, în final, doar în raport cu tabelul menționat. Potrivit art. 108 pct. 5, 6 din Legea nr. 85/2006 tabelul respectiv va cuprinde toate creanțele admise existente la data intrării în faliment, dar în cazul creanțelor născute după

această dată, pentru care nu au fost depuse cereri de admitere în termenul prevăzut la art. 108 alin. (2) lit. a), trebuie considerat în mod corespunzător în sensul decăderii implicite a creditorilor respectivi din dreptul de a mai participa la distribuiri. Pentru o astfel de ipoteză, anterior, într-una din formele Legii nr. 64/1995 era prevăzută o listă secundară de creanțe care puteau veni la plată în măsura în care erau plătite toate creanțele din tabel.

În cazul cheltuielilor de judecată obținute în cadrul derulării procedurii de debitor împotriva unui creditor sau a altui participant, acestea constituie o creanță ca oricare alta a debitorului, legea prevăzând dispozițiile necesare privind recuperarea acestora, ca atribuție a administratorului judiciar/lichidatorului.

Secțiunea a 9-a. Succesiunea legilor în timp

Dispozițiile Legii nr. 85/2006 au abrogat Legea nr. 64/1995. Regula potrivit căreia normele de procedură sunt de imediată aplicare este aplicabilă și în acest caz, dar, față de complexitatea procedurii insolvenței, presupune în multe cazuri o analiză prealabilă corespunzătoare. În cazul procedurilor aflate pe rolul instanțelor la momentul intrării în vigoare a legii noi, actele de procedură prevăzute legal în cadrul derulării acestora până la momentul menționat și valabil efectuate potrivit legii vechi, se mențin, urmând ca actele de procedură ulterioare să se efectueze potrivit legii noi.

De exemplu, în cazul în care în procedură s-au stabilit în mod valabil potrivit legii vechi, printr-un **tabel al obligațiilor** debitorului definitiv, aspectele privind creditorii, quantumul creanțelor acestora și ordinea de prioritate la distribuire, în continuarea procedurii sub imperiul legii noi, actul procedural privind distribuirea va avea în vedere doar repartizarea sumelor în condițiile stabilite sub legea veche, deși cel puțin ordinea de distribuire în legea nouă este diferită. Aceasta cu atât mai mult cu cât este posibil ca **ordinea de preferință** stabilită sub imperiul legii vechi să fi fost și rezultatul unor hotărâri judecătorești pronunțate referitor la acest aspect, cu **autoritate de lucru judecat**.

Este posibilă apariția unor discuții referitoare la retroactivitatea legii noi sau ultraactivitatea legii vechi (neprevăzută expres), în cazul în care legea veche nu prevedea un anumit aspect cu privire la un **act de procedură** efectuat sub imperiul ei, iar acest aspect este prevăzut de legea nouă, constituind și o condiție pentru un act de procedură ulterior, efectuat sub imperiul legii noi. În acest caz soluția poate viza fie permiterea completării actului de procedură anterior cu privire la aspectul prevăzut de legea nouă, în mod corespunzător, fie reținerea neîndeplinirii condiției, cu consecințele corespunzătoare, ca efect al aplicării legii noi, mai justificată fiind, în mod evident, prima variantă.

Capitolul al II-lea Participanții la procedura insolvenței

Secțiunea 1. Considerații generale

Derularea actelor specifice procedurii insolvenței presupune implicarea unor instituții, a unor persoane juridice sau fizice și exercitarea unor drepturi, obligații, atribuții prevăzute de lege cu privire la aceste acte.

În general, în timp ce pentru unii participanți implicarea în derularea procedurii nu poate fi în mod specific exclusă (debitorul, judecătorul sindic/instanța judecătorească, practicianul în insolvență), în cazul altora constituie o regulă – care atrage însă și excepția (creditorii, administratorul special, adunarea/comitetul creditorilor), are doar caracter potențial, în măsura în care sunt promovate și actele de procedură care le reclamă prezența (pârâții în acțiunile în anulare sau în atragerea răspunderii) sau doar eventual necesară (persoanele de specialitate, îndeosebi experții).

În acest context, trebuie menționat că dispozițiile legale referitoare la participanții la procedura insolvenței, în general, se regăsesc disipate în întreaga economie a Legii nr. 85/2006. Astfel, dispozițiile art. 1 din lege arată categoriile de debitori care pot constitui obiectul procedurii insolvenței, dispozițiile capitolului II din lege au în vedere participanții la procedură, constituind organe care aplică procedura sau alți participanți specifici acesteia, dispozițiile art. 10 din lege permit posibilitatea angajării unor persoane de specialitate de către judecătorul sindic, etc.

În reglementarea prevăzută de Legea nr. 85/2006 potrivit art. 1, domeniul de aplicare al legii a rămas același cu cel prevăzut anterior în Legea nr. 64/1995, menținându-se în concret categoriile de debitori care pot constitui obiectul procedurii insolvenței, comercianți persoane fizice sau juridice și orice alte persoane juridice de drept privat care

desfășoară și activități economice. De asemenea, în continuare Legea nr. 85/2006 nu este aplicabilă regiilor autonome, dispozițiile art 151 prevăzând că procedura aplicabilă acestora în caz de insolvență se va stabili prin legi speciale (care au rămas în mod permanent doar în stadiul de intenție) și nici instituțiilor de credit sau societăților de asigurări, în cazul cărora procedura insolvenței este reglementată prin acte normative diferite, după cum s-a arătat anterior.

Capitolul II din Legea nr. 85/2006, intitulat „Participanții la procedura insolvenței” cuprinde prevederi referitoare la instanțele judecătorești, judecătorul sindic, adunarea creditorilor, comitetul creditorilor, administratorul special, administratorul judiciar, lichidator. Din economia legii rezultă, așa cum s-a arătat, că nu doar cei menționați în enumerarea anterioară se pot regăsi între participanții la procedura insolvenței. În primul rând, potrivit dispozițiilor art. 5 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, dintre participanți constituie organe care aplică procedura doar instanțele judecătorești, judecătorul sindic, administratorul judiciar și lichidatorul; „*per a contrario*”, rezultă că alțora dintre participanți le este aplicată procedura, categorie în care se înscrie debitorul. Acesta participă – întotdeauna în procedură; la fel și creditorii, cu excepția ipotezei avută în vedere la art. 134 alin. (1) din lege. De asemenea, pot deveni participanți la procedură, în calitate de părți, dacă se formulează acțiunile corespunzătoare, cocontractantul debitorului sau subdobânditorul în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și 80, conform art 85, adjudecatorul bunurilor debitorului în lichidarea judiciară în cazul în care se solicită anularea înstrăinării, persoanele prevăzute la art. 138 alin. (1), etc.

Deși formularea din titlul capitolului, referitoare la participanți este de ordin general este evident că aceasta nu are corespondent pe deplin și în cuprinsul capitolului respectiv, legiuitorul neurmărind să indice în acesta pe toți participanții la procedura insolvenței. Distincția sub acest aspect nu se constituie doar într-un aspect formal ci are consecințe sub aspectul interpretării sistematice și aplicării legii.

Ca și în cazul legii anterioare, nici în Legea nr. 85/2006 nu se regătesc, încă, dispoziții suficiente sau clare, în măsură să permită concluzii certe referitor la orice aspect important în legătură cu toți participanții care iau parte efectiv la procedura insolvenței. De exemplu, nu se reglementează în mod concertat, expres și complet, poziția și regimul spe-

cific aplicabil debitorului în raport cu etapele derulării procedurii sau în funcție de ridicarea sau nu a dreptului de administrare, de dispunerea dizolvării, referitor la limitele în care se poate manifesta ca parte, **reprezentarea** lui în cadrul procedurii, etc. în condițiile în care nici trimiterea în completare la alte acte normative, potrivit art. 149 din lege, nu este suficientă. Chiar dacă, față de complexitatea materiei insolvenței, reglementarea legală expresă nu poate fi întotdeauna completă și perfectă, un astfel de aspect cum este acela exemplificat, ține de esența procedurii și s-ar fi impus să se bucure de mai multă atenție din partea legiuitorului, pentru a preveni aprecierile neconcordante, uneori întrutotul contradictorii, întâlnite în doctrină și practica judecătorească.

Pe de altă parte, în reglementarea Legii nr. 85/2006 se exclude din rândul participanților la procedura insolvenței adunarea generală a membrilor sau acționarilor/asociațiilor debitorului, care era prevăzută astfel în mod expres în forma finală a Legii nr. 64/1995. Aceasta deoarece din concluziile rezultate în urma aplicării Legii nr. 64/1995 s-a constatat că promovarea calității adunării respective de participant la procedura insolvenței nu este adecvată scopului specific al procedurii, deregând exagerat echilibrul procedurii în favoarea debitorului, pe fondul faptului că membrii sau asociații/acționarii debitorului au tendința de a împiedica, denatura sau tergiversa derularea acesteia. Pentru susținerea intereselor membrilor sau asociațiilor/acționarilor debitorului în cadrul derulării procedurii împotriva acestuia, legiuitorul a recurs în legea nouă la o altă instituție juridică, aceea a **administratorului special**, corespunzătoare obiectului și scopului procedurii insolvenței.

În cuprinsul capitolului de față se vor analiza doar problemele referitoare la debitor și participanții la procedură la care se referă Capitolul II din Legea nr. 85/2006, pentru ceilalți participanți la procedură urmând să se facă mențiuni corespunzătoare în contextul analizei dispozițiilor legale distincte care fac referire la aceștia.

Secțiunea a 2-a. Debitorul - Domeniul de aplicare a dispozițiilor legii

În procedura insolvenței debitorul este mai mult decât un participant, fiind chiar obiectul acestei proceduri.

Prin dispozițiile art. 1 din Legea nr. 85/2006 se realizează un dublu obiectiv al reglementării: delimitarea în ansamblu, a categoriilor de debitori care pot constitui obiectul procedurii insolvenței și, pe de altă parte, indicarea acelor dintre categoriile menționate pentru care este aplicabilă procedura generală, respectiv, procedura simplificată.

În raport cu prevederile menționate, pot constitui obiectul procedurii insolvenței, următoarele categorii de debitori, persoane fizice sau juridice:

- societățile comerciale
- societățile cooperative
- organizațiile cooperatiste
- societățile agricole grupurile de interes economic
- comercianți, persoane fizice, acționând individual
- asociații familiale
- orice altă persoană juridică de drept privat care desfășoară și activități economice.

În evoluția reglementării insolvenței, domeniul de aplicare s-a extins, în sensul că dacă inițial erau vizați în calitate de debitori doar comercianții, persoane fizice sau juridice, în prezent pot constitui obiectul procedurii insolvenței și debitori care nu au calitatea de comercianți, dar sunt asimilați acestora în ceea ce privește aplicarea procedurii insolvenței în raport cu diferite criterii – desfășurarea de activități economice (care, în principiu, implică și caracterul comercial), organizarea și funcționarea similare societăților comerciale înființate în baza Legii nr. 31/1990, etc.

§ 1. Societățile comerciale

Societățile comerciale au ponderea cea mai mare între comercianți și, în consecință constituie cel mai frecvent obiectul aplicării procedurii insolvenței.

Regimul juridic aplicabil societăților comerciale constituie obiectul de reglementare special și deosebit de elaborat al Legii nr. 31/1990, în raport cu care se pot constitui societăți comerciale în următoarele forme: societăți în nume colectiv, societăți în comandită simplă, societăți pe acțiuni, societăți în comandită pe acțiuni, societăți cu răspundere limitată.

Societatea comercială își poate începe activitatea odată cu dobândirea personalității juridice, care intervine la momentul înregistrării la registrul comerțului; aceasta din urmă face opozabilă și calitatea de comerciant, calitate care se probează, deci, în baza certificatului de înmatriculare la registrul comerțului, nepunându-se problema dovedirii efectuării unor fapte de comerț.

În perioada în care societatea comercială este în curs de constituire se recunoaște acesteia o capacitate de exercițiu anticipată, încă de la încheierea actului constitutiv, exclusiv în legătură cu drepturi constituite în favoarea ei sau obligații reprezentând cerințe pentru înființarea în mod valabil. Este probabilă apariția, în aceeași perioadă, a unor obligații de plată pentru debite contractate de persoanele care au făcut demersurile în vederea constituirii societății. O atare situație nu este în măsură să justifice aplicarea procedurii insolvenței cu privire la societatea comercială încă neînmatriculată. Prevederile art. 53 din Legea nr. 31/1990 dispun în sensul că fondatorii, reprezentanții și alte persoane care au lucrat în numele societății în curs de constituire, răspund nelimitat și solidar față de terți pentru actele juridice încheiate cu aceștia în contul societății, cu excepția cazului în care societatea le preia asupra ei după ce dobândește personalitate juridică. O eventuală cerere de **deschidere a procedurii insolvenței** împotriva societății încă în curs de constituire nu este admisibilă, din moment ce societatea nu există ca persoană juridică.

În unele cazuri, societatea comercială s-a înregistrat la registrul comerțului dar constituirea ei s-a făcut cu încălcarea unor dispoziții

legale de ordine publică în măsură să îi atragă **nulitatea** absolută. Dispozițiile art. 56 din Legea nr. 31/1990 prevăd câteva cazuri în care tribunalul poate declara nulitatea unei societăți comerciale înmatriculate în registrul comerțului (lipsa actului constitutiv, fondatori incapabili la data constituirii, nerespectarea numărului minim de asociați, etc.). O astfel de situație nu este însă în măsură să excludă în general posibilitatea aplicării procedurii insolvenței față de o astfel de societate ci doar forma aplicabilă a procedurii. În fapt, înmatricularea societății chiar și în condițiile arătate a creat față de terți aparența de drept a unei societăți comerciale constituită în mod valabil. În drept, pentru a prezenta relevanță, nulitatea absolută trebuie declarată de către instanța competentă, printr-o hotărâre judecătorească, pronunțarea acesteia neconstituind obiectul procedurii insolvenței. În principiu, indiferent de momentul la care în procedura insolvenței, până la darea unei hotărâri de trecere la faliment în **procedura generală**, se depune hotărârea judecătorească prin care s-a declarat nulitatea absolută referitor la societatea comercială care constituie obiectul procedurii, consecința pentru viitor va fi luarea în considerare a încetării, a dizolvării forțate a societății respective și a trecerii la lichidare, bineînțeles în cadrul procedurii falimentului.

Procedura reorganizării judiciare sau procedura falimentului nu este aplicabilă decât societății comerciale în sine iar nu și asociațiilor, acționarilor sau administratorilor, altor membrii ai organelor de conducere și supraveghere, care nu sunt comercianți, acestora din urmă fiindu-le aplicabile doar prevederile art. 138 și următorul din Legea nr. 85/2006 sub aspectul atragerii răspunderii patrimoniale pentru pasivul societății debitoare în cazul în care au generat **starea de insolvență**. Aceiași situație este valabilă în mod similar și în cazul celorlalte categorii de debitori persoane juridice.

În trecut, în condițiile reglementării privind comercianții din **Codul comercial**, în cazul asociațiilor societății în nume colectiv și asociațiilor comanditați în societatea în comandită simplă sau în comandită prin acțiuni, care răspund nelimitat și solidar cu întregul lor patrimoniu pentru obligațiile societății, se aprecia că și aceștia au calitate de comercianți, astfel că aplicarea procedurii insolvenței față de societate putea implica extinderea și la asociații respectivi, precum și invers.

În reglementarea actuală privind comerțanții, Legea nr. 31/1990, asociații oricărei societăți comerciale nu au, prin aceasta și calitatea de comerciant, eventualele fapte de comerț fiind făcute de aceștia în numele societății. Prin urmare, nici în raport cu **răspunderea solidară și nelimitată** a asociațiilor în cele două forme de societăți menționate anterior nu se pune problema aplicării procedurii insolvenței decât împotriva societății comerciale iar nu și a asociațiilor (la fel în situația inversă). De altfel, soluția în acest sens este prevăzută în mod expres prin chiar dispozițiile Legii nr. 85/2006, care prin art. 29 alin. (1) și (2) arată că în cazul unei cereri introduse de o societate în nume colectiv sau în comandită, acea cerere nu va fi considerată ca fiind făcută și de asociații cu răspundere nelimitată ori, în condițiile art. 31-33, și împotriva lor; de asemenea, o cerere introdusă de un asociat cu răspundere nelimitată ori împotriva acestuia pentru datoriile sale va fi fără efecte juridice cu privire la societatea în nume colectiv sau în comandită din care face parte.

De reținut că potrivit art. 29 alin. (3) prevederile art. 29 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006 se aplică în mod corespunzător în privința cererilor introduse de grupurile de interes economic sau de membrii acestora.

O sucursală a unei societăți comerciale nu poate constitui în mod distinct obiectul procedurii insolvenței, chiar dacă este supusă înregistrării ca atare în registrul comerțului. Potrivit art. 43 din Legea nr. 31/1990 sucursala este un dezmembrământ al societății comerciale, fără personalitate juridică, participând la circuitul economic în numele societății-mamă. **Deschiderea procedurii** împotriva acesteia din urmă se referă în mod implicit și la sucursală.

În schimb, în cazul filialei, în raport cu prevederile art. 42 din Legea nr. 31/1990 aceasta este o societate comercială cu personalitate juridică, subiect distinct de societatea mamă sub aspectul organizării și patrimoniului. În aceste condiții filiala poate să constituie obiectul procedurii insolvenței, indiferent de situația în care se află societatea mamă.

Calitatea de comerciant în ceea ce privește societatea comercială nu încetează ca urmare a lipsei sau încetării activității comerciale, ci numai în condițiile **radierii** din registrul comerțului, când societatea își încetează existența ca persoană juridică. Nu se poate dispune deschiderea

procedurii insolvenței cu privire la o societate radiată la acel moment din registrul comerțului.

Dizolvarea generează **lichidarea societății** și nu are drept consecință încetarea personalității juridice, care se menține pe întreaga perioadă a lichidării, dar exclusiv pentru operațiunile pe care le implică aceasta. În aceste condiții, societății dizolvate îi poate fi aplicabilă procedura insolvenței (însă numai sub aspectul falimentului), sens în care se dispune expres prin prevederile art. 1 alin. (2) lit. e) din Legea nr. 85/2006. Mai mult, potrivit art. 260 alin. (4) din Legea nr. 31/1990 nici începerea lichidării nu împiedică deschiderea procedurii de faliment a societății.

În contextul în care discutăm, diferența dintre procedura de lichidare reglementată prin Legea nr. 31/1990 și aceea reglementată prin Legea nr. 85/2006 constă în faptul că în primul caz existența stării de insolvență nu este necesară în timp ce în al doilea caz este obligatorie. În chiar cuprinsul art. 270¹ din Legea nr. 31/1990 se arată expres că în cazul în care societatea aflată în lichidare este în stare de insolvență lichidatorul desemnat este obligat să ceară deschiderea procedurii insolvenței, ceea ce implică în mod necesar – în raport cu dispozițiile art. 1169 C. civ. și art. 129 C. proc. civ – probarea stării de insolvență potrivit art. 3 din Legea nr. 85/2006 (sub sancțiunea, în caz contrar, a respingerii cererii ca neîntemeiată).

Prin urmare, sub aspect general, în ipoteza societății comerciale cu privire la care a intervenit dizolvarea în raport cu dispozițiile Legii nr. 31/1990, lichidarea se poate începe și finaliza în condițiile aceleiași legi (neputând fi invocată de principiu preeminența procedurii insolvenței), cu excepția cazului în care societatea respectivă se află în stare de insolvență, când lichidarea în condițiile Legii nr. 31/1990, care ține de **dreptul comun**, nu poate continua, fiind obligatorie trecerea la lichidarea în condițiile legii speciale care reglementează procedura insolvenței.

§2. Societățile cooperative

Regimul juridic privind organizarea și funcționarea societăților cooperative constituie obiectul de reglementare al Legii nr. 1/2005 privind organizarea și funcționarea cooperației.

Societatea cooperativă reprezintă un agent economic privat, constituind o asociație autonomă de persoane fizice sau juridice, în baza consimțământului liber exprimat al acestora, în scopul promovării intereselor socio-economice și culturale ale membrilor cooperatori, deținută și controlată în comun de către membrii săi, corespunzător principiilor cooperatiste, prin adunarea generală a membrilor cooperatori, consiliul de administrație, directorul executiv, cenzori.

Actele constitutive sunt contractul de societate și statutul, care implică în mod obligatoriu forma autenticată în cazul în care se aduce aport la capitalul social un teren, iar personalitatea juridică se obține odată cu înmatricularea în registrul comerțului.

Toate societățile cooperatiste constituite potrivit Legii nr. 1/2005 pot constitui obiectul procedurii insolvenței.

În funcție de specificul obiectului activității lor se pot constitui societăți cooperative de gradul I: de consum, meșteșugărești, agricole, de valorificare, de transporturi și de alte forme sau de gradul II, care vizează coordonarea activității unei asociații mai complexe, reunind societăți cooperative din prima categorie, eventual și alte persoane fizice sau juridice.

§3. Organizațiile cooperatiste

Organizarea și funcționarea organizațiilor cooperatiste se regăsesc, de asemenea, în reglementarea prevăzută de Legea nr. 1/2005.

Organizațiile cooperatiste sunt cooperativele de consum, cooperativele meșteșugărești, societățile cooperative meșteșugărești, societățile cooperative meșteșugărești pe acțiuni, cooperativele mici meșteșugărești și asociațiile acestora. În ceea ce privește cooperativele agricole, trebuie avute în vedere și prevederile Legii nr. 566/2004 a cooperației agricole.

Cooperația reprezintă practic un domeniu al activității economice care funcționează prin societăți cooperative și alte forme de asociere locale sau naționale. În raport cu formularea dispozițiilor Legii nr. 1/2005, aceasta are în vedere în mod distinct societățile cooperative, respectiv, organizațiile cooperatiste, situație în care era necesară referirea în același mod în cuprinsul art. 1 alin. (1) pct. 2, 3 din Legea nr. 85/2006.

Potrivit Legii nr. 26/1990 privind registrul comerțului, sunt comercianți și organizațiile cooperatiste.

Organizarea și funcționarea cooperativelor de credit și a caselor centrale ale acestora nu este reglementată prin Legea nr. 1/2005 ci printr-un act normativ cu caracter special, O.U.G. nr. 99/2006.

§4. Societățile agricole

Organizarea și funcționarea societăților agricole, care constituie o formă de asociere de tip privat pentru exploatarea terenului agricol, a uneltelor, animalelor și a altor mijloace aduse de asociați în societatea respectivă, este reglementată prin Legea nr. 36/1991, modificată prin Legea nr. 139/2007.

Constituirea și funcționarea societăților agricole se face în mod similar societăților comerciale, iar dobândirea personalității juridice intervine la momentul înregistrării în registrul special prevăzut de lege pentru acestea, ținut la judecătoria teritorială.

Obligațiile societății agricole sunt garantate cu patrimoniul social, iar asociații răspund în limita părților lor sociale.

Dispozițiile Legii nr. 36/1991 prevăd expres că societățile agricole nu au caracter comercial, dar în condițiile în care actele și operațiunile de exploatare a terenurilor agricole efectuate de către o societate agricolă sunt, în realitate, similare celor efectuate de o societate comercială având același obiect de activitate, legiuitorul a considerat justificat să includă în domeniul de aplicare al Legii nr. 85/2006 și societățile agricole.

Dintre toate formele de asociere la care se referă Legea nr. 36/1991, dispozițiile Legii nr. 85/2006 sunt aplicabile doar societăților agricole și societăților comerciale constituite în baza Legii nr. 31/1990, iar nu și asociațiilor simple sau societăților civile fără personalitate juridică.

§5. Grupuri de interes economic

Potrivit dispozițiilor Legii nr. 161/2003 [art. 118 alin. (1) din Titlul V] grupul de interes economic constituie a asociere între două sau mai

multe persoane fizice sau juridice, pe o perioadă determinată, în scopul înlesnirii sau dezvoltării activității economice a membrilor și al îmbunătățirii rezultatelor activității respective. Nu poate avea drept scop expres obținerea de profit pentru sine, iar dacă un astfel de profit este totuși obținut va fi distribuit membrilor.

Actul constitutiv al grupului de interes economic trebuie să fie în formă autentică, iar la data înmatriculării în registrul comerțului grupul dobândește personalitate juridică. Calitatea de comerciant este dobândită sau nu în măsura în care se efectuează sau nu și fapte de comerț, deci în funcție de obiectul de activitate.

Modul de organizare și funcționare prevăzut pentru grupurile de interes economic este asemănător societăților comerciale, principalele organe fiind adunarea generală a membrilor și administratorii. Același este cazul în ceea ce privește încetarea existenței grupului de interes economic. Asemănările de acest gen au justificat includerea grupurilor de interes economic în domeniul de aplicare al Legii nr. 85/2006.

Dispozițiile art. 218 din Legea nr. 161/2003 prevăd în mod expres că **grupul de interes economic** aflat în **stare de insolvență** va fi supus procedurii insolvenței, ceea ce înseamnă că sub aspectul respectiv nu prezintă relevanță dacă grupul a dobândit sau nu și calitatea de comerciant.

§6. Comercianții persoane fizice

Persoanele fizice în sine pot acționa în calitate de comercianți fie individual fie în asociații familiale.

Comercianții persoane fizice acționând individual pot constitui doar obiectul **procedurii simplificate**.

În raport cu prevederile art. 7 C. Com., persoanele fizice obțin calitatea de comercianți efectuând în nume propriu fapte de comerț obiective ca o profesiune obișnuită (sistematic și cu intenția în sens comercial). Regimul juridic aplicabil derulării activităților economice de către persoanele fizice, în toate domeniile, meseriile și ocupațiile, cu excepția celor reglementate prin legi speciale, este reglementat prin Legea nr. 300/2004, privind autorizarea persoanelor fizice și a asociațiilor familiale care desfășoară activități economice în mod independent.

Dispozițiile legale prevăd că pentru derularea activităților economice, efectuarea actelor de comerț persoanele fizice trebuie să dețină autorizația administrativă în acest sens și să fie înregistrată la registrul comerțului. Cu privire la măsura în care existența sau nu a înregistrării condiționează aplicarea procedurii insolvenței s-au exprimat opinii contrare.

Astfel, într-o opinie, se consideră că înregistrarea în registrul comerțului face opozabilă tocmai calitatea de comerciant a persoanei fizice, efectul juridic respectiv producându-se în toată perioada în care această înregistrare rămâne în vigoare și această realitate juridică trebuie să aibă relevanță în actualele condiții de reglementare legală, în contextul în care nici dispozițiile art. 1 alin. (2) nu disting, iar efectuarea de fapte comerciale de către persoana fizică înregistrată în registrul comerțului nu înseamnă decât exercitarea calității de comerciant; dispozițiile art. 7 C. com., fără a fi desuete, pot fi relevante eventual pentru reținerea calității de comerciant a persoanei fizice care săvârșește fapte de comerț în condițiile dreptului comun, și chiar într-un astfel de context, aplicarea lor nu poate face abstracție de actualul cadru legal referitor la funcționarea comercianților, în sensul opozabilității calității de comerciant, sub aspect probatoriu, pe baza înregistrării în registrul comerțului. Cele arătate trebuie avute în vedere cu atât mai mult cu cât în cazul Legii nr. 85/2006 este vorba de o lege cu caracter special, în cuprinsul căreia dispozițiile art. 149 prevăd că dispozițiile **codului comercial** se aplică în completare doar în măsura compatibilității. Altfel, titularului unei creanțe împotriva persoanei fizice debitoare, mai ales de altă natură decât aceea comercială i-ar reveni - cu titlu exemplificativ - și sarcina dovedirii efectuării unor fapte de comerț de către debitor, deși este suficient să dovedească înregistrarea acestuia în registrul comerțului, care privește doar comercianții, iar în raport cu obiectul de reglementare al art. 1 referitor la stabilirea domeniului de aplicare, o astfel de cerință înseamnă adăugarea la lege.

Din momentul în care persoana fizică este înregistrată la registrul comercianților, condiția privind calitatea de comerciant se menține și în continuare, încetând în condițiile încetării faptelor de comerț, încetare care trebuie să fie obiectivă, definitivă și dovedită nu numai sub aspectul de fapt ci, în mod necesar și sub aspectul mențiunii corespunzătoare

în registrul comerțului, pentru opozabilitate. Altfel, în cazul în care se pune problema efectuării unei singure fapte de comerț, debitorul ar fi practic, de la început neurmăribil pe calea procedurii insolvenței – deși din textul legii rezultă contrariul – deoarece insolvența apărută în raport cu o creanță născută în baza respectivei fapte de comerț intervine ulterior acesteia din urmă, când însă s-ar putea susține că nu mai există calitatea de comerciant, din moment ce s-au încetat faptele de comerț; de altfel, chiar în cazul comercianților societăți comerciale, nu în funcție de faptul că, eventual, aceștia nu mai desfășoară activitate comercială ci de **radierea** acestora de la registrul comerțului, se delimitează posibilitatea aplicării procedurii insolvenței.

Într-o altă opinie s-a susținut că înregistrarea în registrul comerțului nu este suficientă pentru aplicarea procedurii, fiind doar o condiție pentru exercitarea activității comerciale iar nu pentru dobândirea calității de comerciant, astfel că dacă nu se administrează probe și în sensul desfășurării efective a activității comerciale, procedura nu va fi aplicabilă persoanei fizice în discuție, deoarece aceasta este condiționată potrivit legii de calitatea de comerciant. Or, **dreptul comun** intern (art. 7 C. com.) prevede că, dobândirea calității de comerciant intervine în raport cu săvârșirea faptelor de comerț în nume propriu, ca o profesiune obișnuită, dispozițiile în acest sens fiind pe deplin compatibile și aplicabile în materia insolvenței, în condițiile în care legea specială în această materie nu prevede dispoziții cu caracter derogatoriu.

În concret, dacă după înregistrare persoana fizică nu înțelege să dea efect posibilității de a efectua fapte de comerț, chiar dacă intervine împotriva lui o creanță de altă natură decât aceea comercială, debitorului nu i se va aplica procedura insolvenței, nu pentru că în cadrul acesteia nu s-ar putea urmări și alte creanțe decât acelea de natură comercială ci pentru că în situația respectivă nu se poate dovedi că este îndeplinită condiția distinctă prevăzută expres la art. 1 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 85/2006 privind existența calității de comerciant, dobândită în prealabil conform legii.

În actualul context această din urmă opinie pare a fi majoritară, cel puțin în doctrina judiciară, sub justificarea punctelor de vedere tributare dispozițiilor de drept comun.

În ceea ce ne privește, considerăm că prima dintre cele două opinii menționate s-a dovedit în practica judiciară în măsură să promoveze într-un mod mai riguros interesele legitime ale creditorilor și să susțină aplicarea facilă a procedurii insolvenței.

Apreciem că, prevederea și în mod expres în cadrul reglementării insolvenței, cu titlu special, derogatoriu, a aplicării procedurii în raport doar cu înregistrarea comerciantului la registrul comerțului, ar fi în măsură să conducă la o riguroasă delimitare a domeniului de aplicație și la simplificarea procedurii în ansamblul ei, chiar fără modificarea dispozițiilor de drept comun. În orice caz, nu considerăm că prin formularea textului prevăzut de art. 1 alin. (2) lit. a) din Legea nr. 85/2006 legiutorul ar fi urmărit extinderea aplicării procedurii insolvenței față de orice persoană fizică, iar nu numai față de acelea pentru care în dovedirea calității de comerciant se pot reține înscrierea în registrul comerțului sau faptul că au săvârșit fapta sau actul de comerț în baza dispozițiilor unor acte normative reglementând raporturi juridice specifice de drept comercial. În lipsa acestora, efectuarea unei fapte de comerț în mod accidental nu corespunde în mod integral nici definiției comerciantului rezultând din prevederile art. 7 C. com. (cel puțin sub aspectul efectuării faptei ca o profesie obișnuită) și în consecință, nu este în măsură să atragă aplicarea procedurii insolvenței. Aceasta, inclusiv față de persoane care săvârșesc astfel o faptă de comerț, deși prin dispozițiile legii este prevăzută **incompatibilitatea** acestora cu calitatea de comerciant.

Persoana fizică răspunde în calitate de debitor în procedura insolvenței cu întregul său patrimoniu, în condițiile în care nu a afectat doar o parte din bunurile sale pentru efectuarea comerțului.

Minorului sau incapabilului nu le poate fi aplicabilă procedura insolvenței, aceasta în condițiile relevate în doctrina și practica judiciară de drept comun. Considerăm că, procedura insolvenței nu ar trebui să fie aplicabilă nici moștenitorilor comerciantului persoană fizică decedat după deschiderea procedurii, chiar dacă au acceptat moștenirea, deoarece dispozițiile art. 1 alin. (2) lit. a) au în vedere doar comerciantul persoană fizică, iar nu și succesorii acestuia și, în consecință, doar în raport cu acesta se poate urmări realizarea scopului prevăzut de art. 2 din Legea nr. 85/2006. În doctrină, s-a exprimat și opinia contrară,

tributară raționamentelor de drept comun, în sensul că în urma accep-tării moștenirii se dobândesc de către succesori, drepturile și obligațiile care decurg din aplicarea procedurii. Dar, în mod evident, dacă în ceea ce privește procedura propriu-zisă, posibilitatea de aplicare a legii este interpretabilă, în ceea ce privește acțiunea în temeiul art. 138 din Legea nr. 85/ 2006 nu se poate extinde nicio legătură între succesori și fapta pentru care poate fi atrasă răspunderea, pretinsă a fi fost săvârșită de către defunct.

În cazul debitorului persoană fizică, în privința căruia a încetat în mod valabil calitatea de comerciant, creditorului îi rămâne alternativa **executării silit** potrivit dreptului comun, bineînțeles în condițiile în care nu s-a împlinit termenul de **prescripție extinctivă**.

§7. Asociații familiale

Asociațiile familiale pot constitui, de asemenea, doar obiectul procedurii simplificate.

Regimul juridic aplicabil acestora este reglementat prin dispozițiile Legii nr. 300/2004, astfel că în raport cu acestea se va face aplicarea procedurii insolvenței.

Asociația familială se înființează la inițiativa unei persoane fizice, constituindu-se din membrii familiei acesteia, privită în sens extins – părinți, copii, rude până la gradul IV. **Reprezentarea** asociației față de terți se realizează prin persoana la inițiativa căreia s-a înființat sau prin persoana împuternicită de aceasta prin procură autenticată. Pentru desfășurarea activității este necesară autorizația administrativă și înregistrarea în registrul comerțului.

Asociația familială nu are personalitate juridică deci nici patrimoniu propriu, faptele comerciale sunt săvârșite în numele asociației de către toți membrii, astfel că se dobândește calitatea de comercianți de către toți aceștia, iar nu doar de către reprezentantul asociației. În aceste condiții este pe deplin justificată răspunderea în cadrul procedurii insolvenței a tuturor membrilor acesteia, cu patrimoniul fiecăruia, iar nu doar în raport cu patrimoniul reprezentantului asociației.

§8. Persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice

Majoritatea persoanelor juridice de drept privat se constituie în alte scopuri decât acela de a desfășura activități economice, de a fi comercianți. Unele dintre acestea pot, însă, dobândi și abilitarea legală de a derula activități economice, care în principiu implică și săvârșirea de fapte de comerț (într-un sens, activitatea economică include mai mult decât activitatea comercială, într-un alt sens ar fi echivalente) cum este, de exemplu, în cazul asociațiilor și fundațiilor. În raport cu prevederile art. 1 din O.G. nr. 26/2000, asociațiile și fundațiile sunt constituite de persoane fizice și juridice care urmăresc desfășurarea unor activități de interes general sau în interesul unor colectivități or, după caz, în interesul lor nepatrimonial – deci, în principiu scopul lor nu este patrimonial. Dar, potrivit prevederilor art. 46, 48 este posibilă pentru acestea și abilitarea legală în baza căreia pot desfășura activități economice și săvârși astfel și fapte de comerț, cu caracter accesoriu și în strânsă legătură cu scopul lor, fie în mod direct – ele înseși fie în mod indirect – înființând societăți comerciale.

În cazul asociațiilor și fundațiilor pentru care nu a intervenit și în concret abilitarea legală de a desfășura activități economice (asociația sau fundația nu s-a prevalat practic de dispozițiile art. 46, 48 din O.G. nr. 26/2000, în sensul preluării acestora în **actele constitutive**, de funcționare – cu înregistrarea corespunzătoare a acestui aspect, pentru opozabilitate și, evident, nici nu a săvârșit efectiv activități economice, acte sau fapte de comerț) nu este îndeplinită sub niciun aspect condiția prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6 din Legea nr. 85/2006 și, în consecință, lor nu le sunt aplicabile prevederile acestei legi, deoarece practic asociația sau fundația respectivă nu se include în categoria prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6.

În cazul în care a fost adoptată în concret respectiva abilitare legală de către asociație sau fundație, nu numai în sensul în care s-a preluat abilitarea respectivă în actele constitutive, de funcționare, dar și în sensul efectuării de activități economice, de fapte de comerț, dacă asociațiile și fundațiile aflate în această situație desfășoară activitatea economică doar prin societățile comerciale pe care le-au înființat se va

pune problema aplicării legii insolvenței în primul rând față de respectivele societăți iar nu față de asociațiile sau fundațiile care le-au constituit, fiind vorba de entități juridice distincte, cu mențiunea că vor fi aplicabile dispozițiile art. 138 și următoarele din Legea nr. 85/2006 acelor persoane din cadrul asociației sau fundației care sunt și membrii ai organelor de conducere ale societății comerciale respective. În cazul în care activitățile economice, faptele de comerț sunt efectuate în mod direct de către asociații sau fundații, în raport cu dispozițiile art. 1 alin. (1) pct 6 din Legea nr. 85/2006 le va fi aplicabilă direct procedura insolvenței prevăzută de această lege.

Deși cazurile în care asociațiile sau fundațiile săvârșesc fapte de comerț sunt relativ frecvente, situația în care în practica judiciară s-a aplicat acestora procedura insolvenței nu a intervenit, până în prezent, decât în mod excepțional.

Prin urmare, se poate aprecia că, în fapt dispozițiile Legii nr. 85/2006 nu sunt aplicabile asociațiilor și fundațiilor în general ci doar în privința acelor care desfășoară și activități economice.

În mod similar celor arătate, se pot face aprecierile corespunzătoare în legătură și cu alte persoane juridice de drept privat.

Dispozițiile art. 1 alin. (1) pct. 1-6 și, respectiv, alin. (2) lit. a), b) din Legea nr. 85/2006 se referă la categorii de debitori și mai toate acestea cuprind mai multe tipuri de debitori. Enumerarea categoriilor de debitori prin dispozițiile menționate are caracter limitativ iar nu exemplificativ. În schimb, enumerarea asociațiilor și fundațiilor în cadrul categoriei de debitori prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6 are caracter exemplificativ în cadrul acestei categorii, pentru că dispozițiile legii sunt aplicabile nu numai fundațiilor și asociațiilor ci oricărei alte persoane juridice de drept privat care desfășoară și activități economice.

Îndeosebi în raport cu categoria de debitori la care se referă art. 1 alin. (1) pct. 6, față de faptul că legiuitorul a avut în vedere desfășurarea de activități economice de către aceștia, s-a pus problema măsurii în care procedura insolvenței poate fi deschisă numai pentru creanțe născute din raporturi economice (comerciale) sau și pentru creanțe de altă natură (civile, salariale, etc.) ale debitorului.

Într-o opinie, s-a apreciat că, în cazul în care insolvența este invocată doar cu privire la creanțe existente împotriva debitorului de altă natură decât aceea economică (comercială), procedura insolvenței nu

poate fi deschisă împotriva acestuia, posibilitatea legală în acest sens existând doar dacă există și (sau doar) creanțe având această din urmă natură. Altfel spus, problema insolvenței nu se pune și în raport doar cu o creanță sau mai multe, de exemplu, de natură civilă, necondiționat de existența cel puțin și a unei creanțe de natură comercială – iar aceasta din urmă poate să apară doar în urma desfășurării și de activități economice și nu pot să apară în cazul în care nu sunt realizate și efectiv astfel de activități, chiar dacă dispozițiile art. 46, 48 au fost preluate în actele constitutive, de funcționare – neputându-se considera îndeplinită condiția din art. 1 alin. (1) pct. 6 din Legea nr. 85/2006

Or, în primul rând, ipoteza în discuție nu e singulară, numai pentru categoria prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6, ci privește orice altă categorie de debitori prevăzută de Legea nr. 85/2006, pentru că în cazul tuturor acestora este posibilă apariția și a altor creanțe decât cele comerciale.

Din economia dispozițiilor Legii nr. 85/2006 rezultă că la stabilirea masei pasive și la plata pasivului debitorului în cadrul procedurii se au în vedere orice tip de creanțe, nu numai cele comerciale (economice). Este și firesc să fie așa pentru că insolvența nu se raportează numai la una sau unele dintre creanțele debitorului ci la toate acestea, în ansamblu lor, dispozițiile art. 2 din Legea nr. 85/2006 având în vedere întregul pasiv al debitorului; în această situație chiar și în ipoteza în care debitorul are disponibilități bănești dar acestea sunt mai mici iar nu cel puțin egale sau mai mari decât suma creanțelor a căror plată este scadentă, în condițiile legii, se reține **starea de insolvență** și aceasta în raport cu fiecare dintre creanțele respective, în mod concomitent, iar nu doar în raport cu unele creanțe, în raport cu natura acestora sau doar pentru partea de creanțe care rămâne neacoperită prin disponibilitățile existente. În consecință, din moment ce insolvența constituie condiția esențială prevăzută legal pentru **deschiderea procedurii**, rezultă că pentru aceasta din urmă prezintă relevanță existența iar nu natura creanțelor.

În același sens, din cuprinsul art. 1 din Legea nr. 85/2006 rezultă în mod clar că legiuitorul a avut în vedere aplicarea procedurii nu numai în raport cu debitori comercianți ci și necomercianți iar prin desfăș-

șurarea de activități economice legiuitorul nu a avut în vedere considerarea în mod obligatoriu drept comercianți a persoanelor în discuție.

În general, chiar dacă debitorul dintr-una din categoriile prevăzute de art. 1 înregistrează o singură creanță la care se raportează starea de insolvență, iar creanța este de altă natură decât aceea comercială trebuie considerat că această situație se repercutează, sub aspectul intrării în insolvență, și asupra statutului de comerciant sau asimilat acestuia existent în privința debitorului, ceea ce implică necesitatea asanării mediului nu numai în privința comercianților ci și a celor asimilați acestora pe un criteriu sau altul și incluși în domeniul de aplicare al procedurii insolvenței de către legiuitor.

De fapt, problema reală în contextul în discuție este măsura în care este aplicabilă procedura insolvenței doar dacă s-a preluat în actele constitutive, de funcționare abilitarea legală privind desfășurarea de activități economice sau numai dacă se și realizează efectiv o astfel de activitate. Necesitatea aplicării procedurii insolvenței se raportează nu la natura creanțelor ci la calitatea de comerciant în sine sau de asimilat acestuia – în sensul arătat anterior. În cazul art. 1 alin. (1) pct. 6 legiuitorul nu a avut în vedere calitatea de comerciant, pentru că nu se consideră că persoana juridică de drept privat dobândește această calitate în urma desfășurării de activități economice (nu se înregistrează în registrul comercianților), ci a avut în vedere condiția în sine a desfășurării de activități economice. Într-o primă interpretare, dacă abilitarea legală în acest sens a fost preluată în actele constitutive, de funcționare, dar nu i s-a dat efectiv curs, condiția nu ar trebui considerată ca îndeplinită și, prin urmare nu se poate reclama aplicarea procedurii, dar nu pentru că aceasta nu s-ar putea deschide și doar pentru o creanță de altă natură decât aceea comercială ci pentru că nu este îndeplinită și condiția privind desfășurarea de activități economice, în condițiile în care formularea textului implică desfășurarea efectivă a activităților economice. Deci ipoteza în care persoana juridică de drept privat este abilitată doar scriptic să desfășoare activități economice, deși nu a și efectuat în fapt astfel de activități, nu ar echivala cu condiția prevăzută expres în sensul desfășurării de activități economice. Într-o altă interpretare se apreciază că și în cazul în care doar s-a menționat în actele constitutive desfășurarea de activități economice, persoana în discuție se include în categoria prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6.

Având în vedere și cele arătate mai sus considerăm că această din urmă interpretare ar trebui să prevaleze. În condițiile în care de cele mai multe ori textele de lege trebuie să aibă o formulare concentrată și în sens general, este greu de presupus că în cazul art. 1 alin. (1) pct. 6 legiuitorul ar fi vizat prin formulare și actualitatea desfășurării activității economice, aspect care nu trebuie reținut și din alte motive după cum se va arăta. Prin distincția pe care legiuitorul a făcut-o în sensul „desfășurării și a activității economice” s-a urmărit în concret delimitarea, în funcție de criteriul asumării posibilității de a efectua activități economice, a persoanelor juridice de drept privat asimilate astfel comercianților, de acelea cărora nu le sunt aplicabile dispozițiile Legii nr. 85/2006; legiuitorul nu a înțeles însă să mai distingă și asupra desfășurării activității economice în sens scriptic sau efectiv și, în consecință nici în aplicarea legii nu trebuie distins.

În plus, în condițiile dreptului comun s-ar fi putut avea în vedere, eventual, aprecierea în sensul că menționarea scriptică în obiectul de activitate a condiției în discuție nu este decât un aspect formal, dar în condițiile legii speciale, al obiectului reglementării art. 1 din cuprinsul acesteia sub aspectul stabilirii domeniului de aplicare, aspectul respectiv nu este incident. Altfel, se poate ajunge la concluzia că în cazul în care se invocă o creanță de altă natură decât aceea provenită dintr-un raport economic, trebuie făcută nu numai dovada menționării în obiectul de activitate al persoanei în discuție a desfășurării de activități economice ci și dovada efectuării efective a unei astfel de activități, mai puțin accesibilă, ceea ce practic înseamnă adăugarea la lege.

În orice caz, legiuitorul nu a avut în vedere desfășurarea activității economice în mod obligatoriu și la momentul formulării și judecării cererii de deschidere a procedurii; din momentul în care s-a dat curs efectiv posibilității legale de derulare a unor activități economice persoana juridică de drept privat intră în categoria prevăzută de art. 1 alin. (1) pct. 6, această situație menținându-se până la înlăturarea condiției respective nu numai în fapt – în sensul că nu va mai derula noi activități economice, ci și în drept – în sensul înlăturării posibilității de derulare a unor activități economice din actele constitutive, de funcționare și al înregistrării respectivei mențiuni. Aceasta în mod similar unei societăți comerciale, sub aspectul calității de comerciant, care este reținută doar în raport cu dovada constituirii și înregistrării la registrul

comerțului și se menține în măsura în care aceasta nu și-a încetat existența – adică nu a fost radiată.

În concluzie, în măsura în care debitorul se încadrează în una dintre categoriile prevăzute de legiuitor la art. 1 din lege, procedura insolvenței i se aplică acestuia indiferent de natura creanței sau creanțelor la care se referă starea de insolvență intervenită în ceea ce privește debitorul respectiv.

Secțiunea a 3-a. Instanțele judecătorești. Judecătorul sindic.

§1. Aspecte de principiu

Dispozițiile legale care reglementează procedura insolvenței devin efective în sensul aplicării, dacă instanțele implicate au capacitatea necesară pentru a le implementa, capacitate care este condiționată de măsura în care organizarea și funcționarea acestora pot asigura atingerea scopului pentru care își desfășoară activitatea în cadrul procedurii insolvenței.

1.1. Exercițarea jurisdicției

Indiferent de nivelul la care se situează instanțele, normele care reglementează procedura insolvenței trebuie să prevadă în mod corespunzător cum poate exercita instanța jurisdicția atunci când pronunță hotărâri în materii care implică aspecte economice și comerciale. Acest aspect constituie un element esențial pentru **caracterul predictibil** al procedurii. Limitarea **competenței jurisdicționale** a instanței relevă intenția legiuitorului în sensul eliminării rolului judecătorului referitor la hotărârile care se iau asupra viabilității afacerii în legătură cu care se derulează procedura, acestea fiind de resortul creditorilor sau, uneori, al debitorului. Orice autoritate acordată instanței de a se ridica deasupra punctului de vedere al creditorilor în asemenea materii trebuie privită cu precauție și cel puțin ponderată; chiar și perioada de reorganizare

stabilită inițial în plan trebuie să poată fi extinsă doar în baza unui vot al creditorilor în acest sens.

În condițiile în care procedura insolvenței este o procedură judiciară, se mențin limitări importante referitor la amplitudinea cu care poate fi diminuat rolul instanțelor în derularea acesteia. Niciunei părți interesate nu i se poate înlătura posibilitatea de a apare în fața instanței dacă consideră că drepturile nu îi sunt protejate în mod adecvat. Mai mult, instanța are de luat și decizii esențiale în procedură, cum ar fi deschiderea procedurii. Dacă competența instanței este redusă, vor fi necesare eforturi pentru a fi îmbunătățită, neputându-se concepe reglementarea procedurii insolvenței fără implicarea instanțelor.

1.2. Eficiența

Procedura insolvenței este un proces dinamic și trebuie să se deruleze în timp real, orice întârziere a unei adjudecări din partea instanței poate avea efecte adverse asupra valorii bunurilor sau viabilității afacerii. Este esențial ca cererile cu care sunt sesizate instanțele implicate în procedură să fie judecate cu celeritate iar hotărârile pronunțate să fie puse în aplicare repede; la fel, trebuie să fie prevăzută posibilitatea judecării cu celeritate a căilor de atac, iar în timpul judecării acestora hotărârea atacată să poată fi pusă în executare.

1.3. Specializarea

În scopul asigurării eficienței, este indicată instituirea instanțelor specializate în materia insolvenței (în cadrul unor tribunale comerciale sau chiar a tribunalelor de faliment), la care să funcționeze judecători care dețin o pregătire prealabilă de specialitate. În plan internațional, uneori **judecătorii sindici** sunt desemnați chiar și dintre oamenii de afaceri, caz în care se acordă instanțelor astfel constituite jurisdicție deplină pentru toate problemele pe care le au de soluționat, inclusiv în legătură cu luarea deciziilor asupra aspectele economice, comerciale, care au impact asupra averii debitorului).

§2. Instanțele judecătorești în reglementarea Legii nr. 85/2006

În reglementarea Legii nr. 85/2006 procedura insolvenței începe și se termină în instanță, derulându-se ca un proces, ca o cauză juridică, în care se întâlnesc interesele creditorilor, debitorului și ale celorlalți participanți iar jurisdicția și controlul judecătoresc exercitate asupra activității celorlalte organe care aplică procedura sunt esențiale. Caracterul judiciar al procedurii se menține și în cazul în care actele și faptele săvârșite în baza atribuțiilor legale de către administratorul judiciar/lichidatorul judiciar dobândesc o extindere mai mare, inclusiv în afara instanțelor judecătorești.

Dintre instanțele sistemului judiciar intern intervin, în condițiile reglementării existente, în aplicarea procedurii insolvenței doar tribunalele și curțile de apel.

2.1. Tribunalul

Potrivit dispozițiilor art. 6 din Legea nr. 85/2006 toate procedurile prevăzute de această lege, cu excepția recursului, sunt de competența tribunalului în a cărei rază teritorială își are sediul debitorul, astfel cum figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor și fundațiilor, și sunt exercitate de un judecător sindic.

În cuprinsul prevederilor menționate se reglementează aspectele referitoare la instanța competentă din punct de vedere material și teritorial, precum și la compunerea specifică și obligatorie a completului de judecată la această instanță, rezultând că procedura insolvenței se derulează în primă instanță la tribunal, *ratione materiae* tribunalul este competent referitor la toate procedurile prevăzute de Legea nr. 85/2006, cu excepția recursului, iar sub aspect teritorial competența revine tribunalului în raza căruia se află sediul debitorului, făcut opozabil prin înregistrarea în registrul corespunzător.

Prevederile art. 6 din Legea nr. 85/2006 au, în ceea ce privește obiectul lor de reglementare (competența materială și teritorială, compunerea completului) un caracter special. În această situație, corelarea

lor cu dispozițiile de drept comun referitoare la competența în materie comercială [art. 2 alin. (1) lit. a), alin. (4) C. proc. civ.], în sensul că s-ar fi avut în vedere caracterul nepatrimonial al procesului comercial, fără a se aplica regula privind stabilirea competenței materiale în raport cu valoarea creanțelor, este improprie și inutilă. Caracterul special intervine în mod firesc, în condițiile în care procedura insolvenței are un obiect complex, reunind aspecte evaluabile sau nu în bani, atât norme de drept procesual cât și de drept material, etc.

Totodată, dispozițiile menționate au și caracter imperativ, nerespectarea lor atrăgând sancțiunea nulității actelor de procedură efectuate de o instanță incompetentă.

Invocarea necompetenței se poate face de către orice parte sau din oficiu de către instanță. În practica judiciară au fost și cazuri în care s-au formulat cereri introductive distincte împotriva societății mame și a unor sucursale ceea ce a condus la un **conflict de competență**, soluționat în favoarea tribunalului în raza căruia își avea sediul societatea mamă.

2.1.1. Succesiunea în timp a dispozițiilor legale referitoare la competența de judecată în procedura insolvenței

Dispozițiile **Codului comercial** român privind reglementarea procedurii falimentului prevedeau că atribuțiile de natură jurisdicțională sunt de **competența** tribunalului, ca instanță de drept comun, iar pe de altă parte, că judecătorului sindic îi revin, în mod distinct, atribuții de natură a asigura desfășurarea în fapt a procedurii sub aspect juridic, economic, administrativ, etc., în mod corespunzător obiectului celorlalte acte de procedură a căror efectuare era prevăzută. În reglementarea Codului comercial român, judecătorul sindic nu era, obligatoriu, judecător de profesie ci, de obicei, avocat, contabil, etc. și avea posibilitatea să desemneze persoane de specialitate în vederea îndeplinirii unora dintre atribuțiile sale.

Dispozițiile din Codul Comercial Român privind falimentul au fost abrogate prin Legea nr. 64/1995, urmărindu-se prin aceasta instituirea unei reglementări moderne, actualizată și adecvată evoluției raporturilor care constituie obiectul procedurii în materia insolvenței. În forma

inițială, existentă până la modificarea și completarea prin Legea nr. 99/1999, prin prevederile Legii nr. 64/1995 s-au menținut, totuși, ca organe principale pentru aplicarea procedurii reorganizării judiciare și a falimentului, atât tribunalul, în compunerea prevăzută de dreptul comun (un judecător de profesie), având în competență atribuțiile de natură jurisdicțională (pronunțarea hotărârilor judecătorești), cât și judecătorul sindic, care, de data aceasta, trebuia să fie tot un judecător de profesie, dar căruia îi reveneau de îndeplinit nu atribuții de natură jurisdicțională, ci atribuțiile vizând situația de fapt, de natură să asigure desfășurarea procedurii sub aspect juridic, administrativ, economic, etc., corespunzător obiectului diferitelor acte de procedură prevăzute a fi de competența sa. De asemenea, judecătorul sindic avea posibilitatea să desemneze persoane de specialitate pentru îndeplinirea atribuțiilor sale, inclusiv să solicite numirea unui lichidator judiciar dacă nu dorea să efectueze personal **actele procedurale de lichidare** judiciară. Practic, la acel moment, legiuitorul a apreciat că, în vederea accentuării caracterului judiciar al procedurii, este oportună participarea la desfășurarea procedurii și a unui al doilea judecător de profesie, pe lângă cel care intra în compunerea tribunalului, ca instanță și, în consecință, a prevăzut ca organe distincte de aplicare a procedurii atât tribunalul, cât și judecătorul sindic, distribuindu-le atribuții diferite.

În sensul arătat, în textul diferitelor articole din cuprinsul legii se menționa expres fie tribunalul, fie, după caz, judecătorul sindic, indicându-se în acest mod de către cine trebuie efectuată atribuția avută în vedere prin dispoziția respectivă. De exemplu, tribunalul era menționat, sub aspectul competenței, cu privire la procedura de votare și de confirmare a unui plan, după aprobarea acestuia de către judecătorul sindic; să dispună judecătorului sindic să treacă la aplicarea procedurii falimentului în cazul în care un **plan de reorganizare** sau de lichidare nu a fost propus în termenul legal sau nu s-a confirmat nici un plan; să dispună cu privire la **răspunderea proprie a membrilor organelor de conducere** ale societății debitoare pentru o parte din pasivul acesteia, etc. Judecătorul sindic era, de asemenea, menționat expres în textul articolelor care prevedeau diferite atribuții în sarcina lui.

După o aplicare a legii în materie, în această formă, de circa patru ani, s-a constatat, printre altele (sub acest aspect trebuie avute în vedere

repetatele solicitări de modificare a legii și faptul ca legislația în materie a constituit și constituie obiectul unei permanente perfecționări), pe de o parte, că judecătorii desemnați în calitate de judecători sindici nu agreează funcția pe care o aveau datorită, în primul rând, ponderii reduse a atribuțiilor de natură jurisdicțională – aspect care era în măsură să le lezeze și statutul profesional legal și – pe de altă parte, că având – de regulă – doar pregătire juridică, aceiași judecători înclină (în mod justificat) să desemneze pentru îndeplinirea atribuțiilor lor de natură economică, administrativă, etc., persoane de specialitate, formalitate care determină în fapt tergiversarea procedurii. De asemenea, s-a mai reținut că, în condițiile desfășurării procedurii în instanță atât în fața judecătorului sindic, cât și a tribunalului și având în vedere și circulația dosarului între aceste două organe de aplicare a procedurii, se mărește substanțial perioada de timp în care se poate finaliza o cauză.

În raport cu cele arătate, prin Legea nr. 99/1999 s-a avut în vedere, printre altele, modificarea și completarea Legii nr. 64/1995, în sensul restrângerii funcționale a cadrului procesual și a redistribuirii, în mod obiectiv, a categoriilor de atribuții (jurisdicționale sau de specialitate) în scopul susținerii procedurii cu celeritate. Astfel, pe de o parte, s-au transferat atribuțiile a căror îndeplinire era prevăzută anterior în sarcina judecătorului sindic către **administratorul** sau, după caz, **lichidatorului judiciar** – a căror desemnare în cadrul procedurii, ca persoane cu pregătire de specialitate economică, juridică, etc., a devenit obligatorie, în contextul în care s-a realizat și o instituționalizare pe baze legale a activității lor, iar pe de altă parte, atribuțiile de natură jurisdicțională au rămas de competența tribunalului, dar exercitarea lor s-a transmis judecătorului sindic, în sensul ca în compunerea tribunalului ca instanță de drept comun, va intra doar un judecător care a fost mai întâi desemnat în calitate de judecător sindic (a se vedea în acest sens art. 6 din Legea nr. 64/1995 modificată și completată prin Legea nr. 99/1999, astfel cum a fost ulterior republicată). Sub aspect terminologic, legiuitorul nu avea, oricum, posibilitatea să renunțe nici la tribunal – prin care se face legătura cu sistemul intern de instanțe și nici la judecătorul sindic, care este specific procedurii insolvenței și, totodată, reclamă o anumită specializare, astfel că s-a ales, în scopul arătat, modalitatea reunirii acestora sub aspect funcțional.

Față de modificarea sub acest aspect a legii în materie, majoritatea celorlalte articole care în economia legii în forma inițială făceau referire expresă, după caz, fie la judecătorul sindic, fie la tribunal, nu au mai fost adecvate prevederilor art 6. Alte astfel de articole au fost reformulate sub aspectul competenței jurisdicționale, dar nu în raport cu prevederile art. 6 ci după o rațiune neprecizată și, în orice caz, care nu poate fi lămurită din cuprinsul legii. De altfel, în condițiile în care trebuia să se acorde prioritate interpretării în baza art. 6, care reprezintă o modificare evidentă a legii, o astfel de adecvare nici nu era, de altfel, obligatorie, cu excepția cazului art. 69 alin. (2) și a art. 126 din aceeași lege, republicată, deoarece atât în cazul menționării în textul unui articol a judecătorului sindic, cât și în cazul menționării tribunalului, se impune interpretarea în sensul că este vorba de o unică instanță, tribunalul, în compunerea căreia intră doar judecătorul sindic, ca judecător specializat și că prin această modificare s-a înlăturat, sub aspect funcțional reglementarea care viza ca organe distincte de aplicare a procedurii tribunalul și a judecătorul sindic.

Ulterior modificării Legii nr. 64/1995 prin Legea nr. 99/1999, cu ocazia modificării unei alte legi speciale în domeniu, Legea nr. 83/1998 privind falimentul bancar, care inițial conținea în cuprinsul său aceleași prevederi în legătură cu raportul tribunal/judecător sindic ca și Legea nr. 64/1995 în forma inițială, același legiuitor nu a mai omis adaptarea corespunzătoare a textelor în ceea ce privește compunerea tribunalului din judecătorul sindic, conștient de problemele de interpretare apărute în urma modificării, astfel cum s-a arătat, a Legii nr. 64/1995).

În cazul Legii nr. 64/1995, fără această adaptare expresă, interpretarea în practica judecătorească a fost neunitară într-o primă parte a aplicării ei.

Astfel, unele instanțe au avut în vedere, în mod corect, că dispozițiile art. 6, reprezentând o modificare adusă sistemului funcțional prevăzut de legea specială în materie, impune pentru toată procedură, în mod unitar, o instanță unică, tribunalul, în compunerea căreia intră judecătorul sindic.

Alte instanțe au adoptat o interpretare simplistă, strict literală și oricum nu în spiritul dispozițiilor legale modificatoare, reținând că atribuțiile de ordin jurisdicțional aparțin fie tribunalului fie judecătorului

sindic după cum textul diferitelor articole se referă la unul sau la altul dintre acestea.

În același mod eronat, alte instanțe au ales o interpretare mixtă, reținând ca majoritatea atribuțiilor jurisdicționale aparțin tribunalului compus din judecătorul sindic, dar în anumite cazuri, cum ar fi cele prevăzute de art. 59 pct. 5, art. 69 alin (2) și art. 124-126, competența de judecată aparține tribunalului, iar judecătorul sindic funcționează distinct de acesta în cadrul procedurii.

Promovarea unei soluții unitare sub aspectul interpretării dispozițiilor din Legea nr. 64/1995, republicată, care stabilesc competența de judecată și compunerea instanței, prezenta importanță practică, în primul rând, în raport cu dispozițiile art. 105 alin. (1) și art. 304 alin. (1) C. proc. civ. și pentru Curtea de apel în drept să soluționeze căile de atac împotriva hotărârilor pronunțate în procedura în materie de către tribunal, în primă instanță.

Treptat, în aplicarea Legii nr. 64/1995 s-a lămurit în proporție covârșitoare aspectul în discuție, în sensul că e vorba de una și aceeași instanță, tribunalul, care își exercită, însă, competența printr-un judecător sindic. Cu toate acestea, s-au menținut și în Legea nr. 85/2006 unele formulări care ar putea da naștere interpretărilor în sensul că tribunalul este distinct de judecătorul sindic în derularea procedurii.

Între organele care aplică procedura, dispozițiile art. 5 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 enumeră în mod distinct față de instanțele judecătorești și pe judecătorul sindic. Deși dispozițiile respective ar putea oferi posibilitatea interpretării în sensul că la judecata în fond ar coexista două organe cu atribuții jurisdicționale sau, altfel spus, competența de judecată în fond implică, pe de o parte tribunalul, iar pe de altă parte judecătorul sindic, o astfel de interpretare nu poate fi reținută.

Aceasta, deoarece în primul rând chiar dispozițiile arătate nu se referă expres în niciun mod la competența de judecată sau la instanța căreia îi aparține competența de judecată la fond, ci au în vedere organe individuale care aplică procedura și doar sub aspectul unei enumerări în sens material, iar nu funcțional. Or, chiar Legea nr. 64/1995, în formele finale a fost precizată suficient în ceea ce privește exercitarea competenței în plan funcțional.

De asemenea, în cuprinsul capitolului II din Legea nr. 85/2006, care se referă la organele care aplica procedura reorganizării și lichidării

judiciare, enumerându-le mai întâi și apoi descriindu-le prin secțiuni diferite, nu există nicio secțiune care să se mai refere în mod distinct la tribunal și la judecătorul sindic în același context și sub aspectul arătat. Dimpotrivă, în Secțiunea 1, denumită „Instanțele judecătorești”, se face referire și se stabilește în mod expres prin dispozițiile art 6 competența (în sensul competenței de judecată în fond, atât sub aspect material – „toate procedurile”, cât și sub aspect teritorial); instanța competentă, unică în judecata la fond (tribunalul), precum și modul în care sub aspectul compunerii această instanță își exercită competența de judecată (atribuțiile jurisdicționale) prin judecătorul sindic.

În Legea nr. 85/2006 (ca și în Legea nr. 64/1995 în formele finale) nu mai există nici dispoziții în ceea ce privește numirea în procedură și înlocuirea judecătorului sindic, aplicându-se regula desemnării ca judecător sindic în general, regulile repartizării aleatorii și a imposibilității înlocuirii administrative a judecătorului sindic.

În raport cu dispozițiile art. 6 trebuie reținut ca fiind lipsită de orice echivoc intenția legiuitorului de a considera sub aspect jurisdicțional o singură instanță competentă în procedura în materie pentru judecata în fond, aceasta fiind tribunalul precum și compunerea acestei instanțe doar de către un judecător desemnat în prealabil în calitatea de judecător sindic.

În același sens, dispozițiile art. 12 din Legea nr. 85/2006 reglementează calea de atac (**recursul**) cu referire doar la hotărârile judecătorului sindic. Cum calea de atac este aceea prevăzută de lege, în cazul în care s-ar considera că alături de judecătorul sindic ar mai fi competent să pronunțe hotărâri judecătorești în cadrul procedurii în materie și tribunalul, ca instanță în compunerea căreia ar intra alți judecători, care nu sunt desemnați în calitate de judecători sindici, prima cale de atac împotriva acestor din urmă hotărâri pronunțate de o instanță în compunerea de drept comun, ar trebui să fie apelul.

De asemenea, în cazul acțiunii prevăzute de art. 138 și următoarele din Legea nr. 85/2006, privind **răspunderea membrilor organelor de conducere** ale debitorului persoană juridică, nu se mai prevede că tribunalul poate dispune ca o parte din pasivul debitorului ajuns în stare de insolvență să fie suportată de către unii dintre acești membrii, ci judecătorul sindic.

Cererea formulată în temeiul art. 138 va trebui să fie adresată judecătorului sindic în aceeași cauză și în același dosar având ca obiect procedura deschisă în temeiul Legii nr. 85/2006, iar nu în altă cauză, alt dosar sau la altă instanță decât aceea la care se referă art 6 din legea menționată.

De asemenea, față de cele arătate, în situația în care hotărârea a fost pronunțată la fond de către tribunal fără ca în compunerea acestuia să intre judecătorul sindic, în recurs casarea intervine pentru cazul prevăzut de art. 304 pct. 1 iar nu pct. 3 C. proc. civ., deoarece se pune problema compunerii greșite a instanței, nefiind încălcată competența tribunalului astfel cum este prevăzută de art. 2 alin. (4) C. proc. civ. și de art. 6 din Legea nr. 64/1995.

Se impune a se reține în acest context faptul că forma inițială a textului articolului 6 din proiectul de lege privind procedura insolvenței, soldat ulterior cu adoptarea de către legiuitor a Legii nr. 85/2006, avea următorul conținut: „Toate procedurile prevăzute de prezenta lege, cu excepția recursului prevăzut la art. 8, sunt de competența exclusivă a secției de insolvență a tribunalului ce are sediul în aceeași localitate în care se află curtea de apel în a cărei rază teritorială își are sediul debitorul, astfel cum figurează acesta în registrul comerțului, respectiv în registrul societăților agricole sau în registrul asociațiilor sau fundațiilor și sunt exercitate de un judecător sindic”

În raport cu formularea menționată, generalizarea secțiilor specializate de insolvență ar fi constituit un pas înainte hotărâtor pentru exercitarea în mod specializat a jurisdicției în primă instanță, cu efecte benefice și în privința organizării logistice, a pregătirii profesionale sau sub aspect financiar. Legea nr. 85/2006 a fost adoptată, însă, cu o altă formă a art. 6, invocându-se pentru înlăturarea formei inițiale a acestuia faptul că nu la toate tribunalele numărul de cauze este suficient pentru crearea unei secții specializate de insolvență, participanții la procedură din raza tribunalelor la nivelul cărora nu s-ar fi constituit secții specializate ar fi acuzat cheltuielile financiare necesare pentru deplasare, etc.

2.1.2. Competența materială

Prin termenul „proceduri” din cuprinsul art. 6 din Legea nr. 85/2006 legiuitorul a avut în vedere nu numai în general procedura reorganizării și procedura falimentului ci, în contextul în care obiectul de reglementare al legii îl constituie ansamblul unei proceduri complexe în sine, s-a avut în vedere totalitatea procedurilor, acțiunilor și actelor de procedură reglementate în mod distinct și specific în cuprinsul legii, separat de aspectele de drept material, începând cu procedura de judecată a cererii introductive și terminând cu procedura de închidere a cauzei, într-o modalitate sau alta.

Nu întotdeauna, însă, actele de procedură, acțiunile la care se face referire în cuprinsul legii constituie și elemente ale procedurii insolvenței sau ale reglementării speciale în materie astfel că, în consecință, nu le este aplicabilă competența menționată prin dispozițiile art. 6 din Legea nr. 85/2006. De exemplu, potrivit art. 20 alin (1) lit. I), **administratorul judiciar** are atribuția de a urmări încasarea creanțelor debitorului, inclusiv prin formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea acestor creanțe. Atribuția respectivă ține de procedura insolvenței dar acțiunea în pretenții promovată în exercitarea ei nu este reglementată în mod specific prin legea în discuție ci prin **dreptul comun** și, din moment ce constituie o acțiune de drept comun, nu va fi de competența judecătorului sindic ci a instanței de drept comun, urmând să fie introdusă de către debitor, reprezentat prin administratorul judiciar sau, după caz, lichidator.

2.1.3. Competența teritorială

Sub aspect teritorial, **competența** tribunalului se stabilește în funcție de sediul debitorului, astfel cum a fost făcut opozabil prin menționarea în registrul în care a fost înregistrat debitorul.

Aceasta chiar dacă, de exemplu, sediul înregistrat nu mai există și în fapt, debitorul își derulează activitatea sau are organele de conducere sau bunurile într-un alt punct de lucru, etc.

Dar, în practica judiciară s-a dovedit nu de puține ori, că după ce primește **cererea introductivă** a creditorului debitorul încearcă să se

sustragă deschiderii procedurii împotriva lui prin mutarea **sediului** în raza altui tribunal decât cel învestit inițial, mizând pe faptul că într-un astfel de caz va fi necesară **declinarea** cauzei cu consecința, astfel, a tergiversării deschiderii procedurii. Alteori, debitorul a inițiat demersul în vederea schimbării sediului chiar fără vreo legătură cu cererea introductivă a unui creditor.

Referitor la aspectul schimbării sediului, doctrina și practica judiciară sunt unanime în sensul că dacă acesta intervine după deschiderea procedurii nu este în măsură să influențeze competența tribunalului la care s-a dispus aceasta. Un astfel de demers este de natură să împiedice buna administrare a justiției sub aspectul derulării procedurii, în condițiile în care în raza tribunalului inițial învestit se regăsesc, de regulă, cele mai multe înregistrări privind activitatea financiar – contabilă a debitorului, bunurile acestuia, etc.

Dar, într-o altă opinie, se consideră că orice schimbare de sediu trebuie raportată la data cererii introductive, ceea ce implică menținerea pe toată durata procedurii a competenței tribunalului sesizat la acea dată, chiar dacă intervine schimbarea sediului în raza altui tribunal până la data dispunerii deschiderii procedurii.

Cu privire la această opinie menționăm următoarele:

Dispozițiile art. 6 din Legea nr. 85/2006 reglementează, printre altele și competența teritorială în materia insolvenței. Potrivit acestor dispoziții, toate procedurile prevăzute de legea specială în această materie, cu excepția recursului, sunt de competența tribunalului în a cărui rază își are sediul debitorul. Competența este reglementată, astfel, cu caracter special și imperativ, ca o competență exclusivă, absolută, de ordine publică. Rațiunea instituirii unei astfel de competențe teritoriale ține de asigurarea stabilității modului de derulare a procedurii, în primul rând în interesul protejării creditorilor. Sub aspectul interpretării și aplicării, în timp ce este pe deplin argumentată susținerea în sensul că mutarea sediului debitorului ulterior deschiderii procedurii nu este în măsură să înlăture competența tribunalului deja învestit legal sub aspectul competenței teritoriale, în cazul susținerii în sensul că trebuie raportată în general competența teritorială la sediul debitorului de la data depunerii cererii introductive aceasta se dovedește necorespunză-

toare *de lege lata* pentru ipoteza în care schimbarea sediului intervine în perioada cuprinsă între data cererii și data deschiderii procedurii.

Astfel, sub aspect terminologic, dispozițiile art. 6 se referă la „proceduri”, care, după cum rezultă din cuprinsul legii, sunt procedura reorganizării judiciare, a falimentului și procedura (acțiunea) prevăzută de art. 138. Aceste proceduri pot interveni numai după deschiderea **procedurii generale**. Chiar dacă s-ar aprecia că termenul se referă la toate actele de procedură, în cazul debitorului societate comercială – elementul principal în domeniul de aplicare al legii – sediul social – înseamnă sediul social înregistrat la registrul comerțului și ar trebui, în consecință, să fie probat în mod corespunzător odată cu depunerea cererii introductive. După ce este desemnat în cauză, judecătorul sindic trebuie să comunice cererea introductivă și să procedeze la judecată sub aspectul dispunerii sau nu a **deschiderii procedurii** (eventual și în ceea ce privește contestația debitorului). În acest scop, tribunalul prin judecătorul sindic trebuie în primul rând să își verifice competența, inclusiv teritorială, din oficiu sau ca urmare a unei sesizări sub acest aspect, ceea ce presupune deja, din punct de vedere cronologic, un moment ulterior celui al depunerii cererii introductive. În același sens, trebuie avute în vedere și dispozițiile art. 158 alin. (1) C. proc. civ. În intervalul dintre cele două momente debitorul poate, practic, să ceară neîngrădit de vreo dispoziție legală expresă în sens contrar și să obțină, fără a se aduce la cunoștință în cadrul dosarului constituit în baza cererii introductive, **radierea** sediului social menționat în cererea introductivă și înregistrarea sediului la alt oficiu al registrului comerțului, în raza altui tribunal decât cel inițial investit; aceasta cu atât mai mult cu cât începând cu ultimele forme ale Legii nr. 64/1995 s-a exclus din reglementarea procedurii insolvenței citarea oficiului registrului comerțului în perioada dintre depunerea cererii introductive și judecata acesteia. Absența unor dispoziții legale exprese în sens contrar, poate fi susținută sub aspect legislativ, în condițiile în care, mai înainte de a se deschide procedura și, deci, de a se reține aflarea debitorului în **stare de insolvență**, acestuia nu îi pot fi înlăturate drepturile de care se bucură în perioada în care nu i s-a imputat insolvența și doar deschiderea procedurii supune debitorul unui regim juridic distinct și privativ sub aspectele arătate.

În lipsa unei dispoziții exprese în legea specială și în condițiile în care hotărârea privind schimbarea sediului dată de judecătorul delegat la registrul comerțului, rămasă definitivă și irevocabilă, devine opozabilă ca orice hotărâre judecătorească, în ipoteza în care între data cererii introductive și momentul judecării acesteia a intervenit schimbarea sediului existent la prima dată menționată anterior, tribunalul, prin judecătorul sindic, potrivit dreptului comun, trebuie să își **decline** competența în favoarea tribunalului care a devenit competent potrivit legii. În caz contrar, intervine consecința în sensul că actele efectuate de o instanță incompetentă sunt nule. Doar competența teritorială relativă este determinată de domiciliul pârâtului la data introducerii acțiunii iar schimbările ulterioare ale sediului sunt irelevante. Or, în cauză, legea specială reglementează o competență teritorială exclusivă, absolută.

Desigur că rațiunile care permit luarea în considerare a competenței teritoriale exclusive după deschiderea procedurii ar putea fi excluse, prin voința legiuitorului și cu privire la perioada din derularea procedurii cuprinsă între data cererii introductive și deschiderea procedurii, dar aceasta ar presupune o dispoziție legală expresă în acest sens, fiind deja o problemă *de lege ferenda*, sau, în funcție de integrarea europeană, de aplicarea precedentului judiciar. Până atunci, trebuie considerat că legea nu dă expres posibilitatea **judecătorului sindic** să înlăture, în ipoteza în discuție, demersurile de genul celui în discuție, cu atât mai mult cu cât, de fapt, măsurile de esență procedurii apar după deschiderea acesteia și trebuie făcută distincție între creditorul titular al cererii introductive și creditorul în procedura propriu-zisă, sub aspectul regimului juridic aplicabil. Teoretic este posibilă și o intervenție a judecătorului sindic sau a creditorului în soluționarea cererii debitorului vizând schimbarea sediului, în sensul prevenirii declinărilor de competență, dar un astfel de demers ar avea un fundament de fapt și legal deficitar.

În același context trebuie avut în vedere că mutarea sediului intervine în mod valabil nu numai în funcție de admiterea cererii formulată la registrul comerțului inițial ci și de înscrierea noului sediu în registrul nou, față de care poate interveni radierea sediului la registrul inițial.

2.1.4. Excepțiile de neconstituționalitate

În practica judiciară s-a dovedit că **excepțiile de neconstituționalitate** referitoare la prevederile Legii nr. 64/1995 s-au invocat mai mult pentru a se obține tergiversarea procedurii de către debitori și au fost în majoritate respinse de Curtea Constituțională. În aceste condiții, posibilitatea prevăzută de art. 8 alin. (7) din Legea nr. 85/2006 în sensul că judecătorul sindic poate, prin derogare de la art. 29 alin. (5) din Legea nr. 47/1992 privind organizarea și funcționarea Curții Constituționale, să nu dispună **suspendarea cauzei** dacă dispozițiile a căror neconstituționalitate se invocă au făcut obiectul cel puțin al unei decizii pronunțate de Curtea Constituțională, nu este în măsură să prevină prea mult tergiversarea procedurii în împrejurarea menționată. Astfel, sub un prim aspect, fiind vorba de o lege nouă, este nevoie de ceva mai mult timp pentru a se ajunge la situația în care să fie pronunțate decizii de către Curtea constituțională asupra celor mai multe sau a tuturor dispozițiilor legii. Oricum, chiar dacă s-ar ajunge la o astfel de situație, posibilitatea prevăzută de art. 8 alin. (7) are doar caracter facultativ iar nu obligatoriu pentru judecătorul sindic, iar acesta va avea de cele mai multe ori tendința normală de a nu dispune suspendarea, respectiv de a nu continua procedura, cel puțin nu cu aceeași celeritate, sub riscul posibil al admiterii excepției de neconstituționalitate. De asemenea, dosarul cauzei se înaintează Curții constituționale chiar dacă se suspendă procedura, situație care poate împiedica buna derulare a acesteia în continuare, pentru motive identice cu acelea pentru care legiuitorul a prevăzut trimiterea la instanța de recurs doar a copiilor de pe unele înscrisuri ale dosarului constituit la prima instanță.

În orice caz, era la fel de justificat să se adopte și în acest caz regula nesuspendării executării hotărârilor judecătorului sindic (deci a procedurii) din ipoteza formulării recursului împotriva acestor hotărâri.

Din moment ce dispozițiile art. 8 alin. (7) au caracter special, iar dispozițiile speciale sunt de strictă interpretare, posibilitatea de a nu suspenda procedura în ipoteza respectivă este prevăzută doar pentru judecătorul sindic, iar nu și pentru instanța de recurs.

2.2. Curțile de apel

Potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 curțile de apel constituie instanța de recurs pentru hotărârile pronunțate de tribunal, prin judecătorul sindic, în primă instanță. Asupra acestei instanțe și a recursului în sine vom reveni într-un capitol distinct al lucrării de față.

§3. Judecătorul sindic

3.1. Desemnare. Repartizarea cauzelor

În fapt, atunci când se vorbește de **competența** tribunalului se au în vedere, în cea mai mare parte, atribuțiile prevăzute de lege a fi exercitate de către judecătorul sindic.

Sub aspectul modalității de exercitare a atribuțiilor trebuie avut în vedere faptul că judecătorul sindic are statutul profesional aparținând, în mod obișnuit, oricărui judecător. Desemnarea în cadrul instanței competente a unui judecător în calitate de judecător sindic are natură administrativă, în contextul specificității procedurii derulate în fața completului de judecată în a cărei compunere va intra în mod obligatoriu judecătorul sindic.

În temeiul art. 53 din Legea nr. 304/2004 privind organizarea judiciară, regula repartizării spre soluționare a cauzelor către judecători în mod aleatoriu, în sistem informativ sau în condițiile stabilite prin Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, este aplicabilă și repartizării către judecătorii sindici a cauzelor având ca obiect procedura insolvenței. Sub aspect general, **regula repartizării aleatorii** este imperativă pentru buna administrare a justiției, dar, până la proba contrară, cu mențiunea că nu este prevăzută expres o sancțiune specifică și directă în ceea ce privește înseși actele de judecată efectuate într-o cauză de un judecător cu privire la care s-a încălcat regula menționată.

În funcție de rezultatul repartizării aleatorii, care se referă la data cronologică pentru termenul de judecată și la completul de judecată, judecătorul sindic este nominalizat, eventual și formal în cauză printr-o

rezoluție, care doar reflectă scriptic repartizarea în mod aleatoriu, nemaiconstituirea vechea nominalizare, din legea anterioară, efectuată de către președintele tribunalului, care avea caracter administrativ și, prin aceasta, reprezenta o ingerință inadmisibilă în activitatea de judecată propriu-zisă. În continuarea acestui din urmă aspect, tot în Legea nr. 64/1995 se mai prevedea (art. 13) că în orice stadiu al procedurii tribunalul poate înlocui un judecător sindic cu altul, prin încheiere motivată, dată în **Camera de consiliu**. Dispozițiile respective nu au mai fost însă preluate și în Legea nr. 85/2006 în condițiile în care, în principiu, judecătorul nu poate fi înlocuit într-o cauză decât în cazul **incompatibilităților** legale, iar pentru situația în care un judecător nu își poate exercita atribuțiile, accidental, potrivit Regulamentului de organizare și funcționare a instanțelor intervine automat înlocuirea lui cu un alt judecător, potrivit unei planificări anuale distincte, întocmite chiar pentru o astfel de eventualitate. În sistemul dreptului român, pentru o procedură a insolvenței, oricât de complicată ar fi, nu se admite decât un judecător sindic.

3.2. Numirea unor persoane de specialitate

Potrivit dispozițiilor art. 10 din Legea nr. 85/2006 judecătorul sindic poate desemna, în îndeplinirea îndatoririlor sale, prin încheiere, **persoane de specialitate**, stabilindu-le și remunerația, care va fi plătită din contul prevăzut la art. 4 alin. (2) din lege în conformitate cu criteriile stabilite prin hotărâre a Guvernului.

Posibilitatea în discuție s-a regăsit în reglementarea procedurii încă din primele forme ale Legii nr. 64/1995, când judecătorul sindic avea de îndeplinit în procedură atribuțiile care acum sunt prevăzute în sarcina **practicianului în insolvență**. În măsura în care atribuțiile judecătorului sindic au căpătat doar caracter jurisdicțional s-a restrâns și obiectul aplicării dispozițiilor din art. 10. În prezent, referitor la atribuțiile privind procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței, pot fi numiți de către judecătorul sindic în calitate de persoane de specialitate, experți pentru întocmirea unor rapoarte de **expertiză** necesare. Este vorba în acest caz de aspectul probatoriu din cuprinsul judecății; or, sub acest aspect nu erau absolut necesare dispoziții exprese în

cuprinsul legii, **dreptul comun** fiind compatibil în esență și, deci, aplicabil în procedură pentru încuviințarea fie și din oficiu a unei expertize, cu desemnarea unui expert. În general, desemnarea se face sub aspect formal în mod similar dispozițiilor din Codul de procedură civilă privind desemnarea expertului.

Dispozițiile art. 10 constituie însă textul de bază pentru numirea și a altui gen de persoane de specialitate, cum ar fi în cazul prevăzut expres de art. 98 alin. (3), potrivit căruia judecătorul sindic poate să ceară unui practician în insolvență să își exprime o opinie cu privire la posibilitatea de realizare a planului.

Apreciem, de asemenea, că deși în principiu pot fi desemnate persoane de specialitate și în legătură cu atribuțiile de control judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau lichidatorului, deoarece și în raport cu aceste atribuții statutul judecătorului sindic este definit tot prin calitatea de judecător care constituie completul de judecată la instanța competentă, cu atribuții exclusiv de judecată, jurisdicționale, desemnarea unor persoane de specialitate se poate face tot în limitele la care am făcut referire în ipoteza anterioară. În orice caz nu se poate reține, după cum s-a susținut într-o opinie exprimată în doctrina judiciară, că persoanele de specialitate s-ar constitui în „auxiliari” ai judecătorului sindic cum ar fi avocații, executorii judecătorești, nici măcar în cazuri cum ar fi sesizarea organelor de cercetare penală prevăzută de art. 11 alin. (1) lit. g), **executarea silită** aferentă hotărârii prin care s-a admis acțiunea formulată în baza art. 138; considerăm că opinia respectivă este rezultatul unei aprecieri eronate asupra statutului judecătorului sindic, care, indiscutabil, nu poate angaja avocați, executori judecătorești pentru exercitarea de către aceștia a profesiei lor în sine, ci doar persoane de specialitate pentru asigurarea unei expertize necesare.

De reținut sub un alt aspect, dar în același context referitor la atribuțiile de control judecătoresc al activității administratorului judiciar și/sau al lichidatorului, că din moment ce activitatea în discuție privește inclusiv luarea deciziilor manageriale, care implică aspectul economic și comercial, rezultă la prima vedere că judecătorul sindic își exercită controlul și în legătură cu deciziile manageriale de ordin economic și comercial luate de practicianul în insolvență sau, după caz de debitor, inclusiv în ceea ce privește oportunitatea acestora. Totuși, în condițiile

în care teza finală din art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 prevede în mod expres că sub aspectul oportunității deciziile comerciale pot fi controlate de către creditorii, prin organele acestora, dispozițiile respective trebuie să fie apreciate ca având caracter special, derogatoriu de la celelalte dispoziții ale art. 11 alin. (2), urmând să fie aplicate ca atare, cu mențiunea că dispozițiile speciale sunt de strictă interpretare.

Remunerațiile persoanelor de specialitate sunt achitate din averea debitorului sau dacă nu există această posibilitate, din **fondul de lichidare**; în cazul în care este vorba de o probă solicitată de o parte interesată, partea respectivă va plăti remunerația expertului.

3.3. Raportul dintre judecătorul sindic și tribunal, ca instanță

În doctrină și practica judiciară s-a afirmat ca o realitate incontestabilă că **judecătorul sindic** este o instanță, în condițiile în care este inclus în titlul capitolului II și supus reglementării într-o secțiune distinctă, alături de celelalte instanțe, tribunalul și curtea de apel. Or, în raport cu aceste criterii, oricărui participant la procedură constituind obiectul capitolului II i-ar putea fi conferit statutul de instanță, ceea ce desigur nu ar corespunde realității. În secțiunea a 2 a din capitolul II nu se reglementează judecătorul sindic ca instanță ci atribuțiile, rolul acestuia în procedură. Competența materială și teritorială, care caracterizează o instanță, sunt prevăzute expres prin art. 7 din lege numai pentru tribunal, dispozițiile respective conferind judecătorului sindic doar atribuțiile exercitării acestor competențe pentru tribunal. Modalitatea de exercitare este reglementată potrivit normelor de organizare și funcționare a profesiei de judecător și normelor de drept procesual, în sensul că judecătorul sindic intră în compunerea completului de judecată și nici acesta nu își poate atribui în sens real, ci doar în plan procesual rolul de „instanță”. În concluzie, judecătorul sindic nu constituie o instanță mai mult decât poate constitui orice alt judecător.

Discuția privind măsura în care judecătorul sindic ar constitui o instanță prezintă relevanță în contextul altui aspect. În condițiile derulării procedurii sub imperiul reglementării falimentului din **Codul comercial** sau chiar din forma inițială a Legii nr. 64/1995 judecătorul sindic avea o activitate distinctă de aceea exclusiv jurisdicțională a

tribunalului, revenindu-i atribuțiile de administrare a procedurii (conser-varea averii falitului, lichidarea bunurilor acestuia, distribuirea sumelor obținute către creditori, etc), corespunzător atribuțiilor prevăzute acum de Legea nr. 85/2006 pentru practicianul în insolvență. Mai mult, judecătorul sindic nici nu provenea întotdeauna dintre judecătorii de profesie, ci din mediul privat (oameni de afaceri, etc. O astfel de regle-mentare este și în prezent relativ răspândită în lume. Într-o asemenea situație s-a apreciat că judecătorul sindic nu îndeplinește un mandat de drept privat ci o funcție publică, administrând procedura în calitatea lui de magistrat, ca organ al statului, în interes general.

3.4. Principalele atribuții

În cuprinsul dispozițiilor art. 11 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 sunt enumerate principalele aspecte cu privire la care judecătorul sindic își exercită atribuțiile jurisdicționale, după cum se va arăta în continuare.

Trebuie menționat că dispozițiile menționate sunt exemplificative iar nu limitative, putându-se adăuga și alte atribuții decât cele enumerate expres, decurgând din derularea procedurii, judecătorul sindic trebuind să se pronunțe printr-o hotărâre ori de câte ori este sesizat cu o cerere privind procedura insolvenței, în condițiile în care deține controlul în ceea ce privește legalitatea tuturor actelor desfășurate în procedură.

De asemenea, dispozițiile art. 11 alin. (1) sunt aplicabile atât în cazul procedurii generale cât și al procedurii simplificate.

*

Art. 11 alin. (1) lit. a) – pronunțarea motivată a hotărârii de deschide-re a procedurii și, după caz, de intrare în faliment, atât prin procedura generală cât și prin procedura simplificată.

Creditorii sau, după caz, debitorul sunt abilitați legal doar să solicite deschiderea procedurii, jurisdicția asupra admiterii sau respingerii cererii formulate în acest sens revenind exclusiv tribunalului, prin jude-cătorul sindic.

În funcție de situațiile specifice reglementate prin legea privind procedura insolvenței în vederea deschiderii procedurii, hotărârea pro-nunțată sub acest aspect poate fi o sentință sau o încheiere.

În doctrina judiciară s-a exprimat opinia că în cazurile prevăzute de art. 32 alin. (1) se pronunță o încheiere avându-se în vedere că procedura este necontencioasă iar în cazul prevăzut de art. 33 când cererea introductivă este formulată de creditorii se pronunță o sentință pentru că judecata este contencioasă.

Măsura în care în cazurile respective procedura este contencioasă sau necontencioasă prezintă relevanță în primul rând asupra dispozițiilor din Codul de procedură civilă la care se poate recurge cu prioritate pentru completarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006.

Referitor la aspectul în discuție reținem că, în mod indiscutabil, caracterul contencios sau necontencios al judecății nu se stabilește în funcție de măsura în care titularul cererii cheamă sau nu și o altă parte, respectiv, în care intervine citarea sau nu a altei părți. Ceea ce definește procedura necontencioasă este neopunerea unui drept potrivit, deci analiza în context trebuie să aprecieze cum intervine un drept sub aspect material sau procedural în cele două ipoteze. În raport cu dispozițiile legii speciale privind insolvența atât în cazul cererii debitorului cât și al cererii creditorilor, chiar dacă nu se formulează o **opозиție** sau **contestație**, judecătorul sindic are de judecat în ceea ce privește temeinicia și legalitatea cererii, în esență, existența unor creanțe certe, lichide și exigibile și, respectiv, lipsa disponibilităților bănești în raport cu aceste creanțe, adică existența sau nu a **stării de insolvență**. În ceea ce privește creanțele, legea nu impune și stabilirea în mod obligatoriu a cuantumului acestora în această etapă procedurală (ci într-o etapă ulterioară) iar în privința lipsei disponibilităților aceasta constituie o situație de fapt. Prin urmare, sub aspectul dreptului material, atât în cazul cererii creditorului cât și al debitorului, nu se pune problema opunerii sau nu a unui drept potrivit, pentru că nu se opune niciun drept material. Sub aspectul dreptului procedural, în ambele cazuri deschiderea procedurii insolvenței înseamnă trecerea la o procedură specială de urmărire, de executare în scopul prevăzut de art. 2 din Legea nr. 85/2006, dar este de reținut că dreptul de a cere deschiderea procedurii este prevăzut de lege deopotrivă pentru creditor și debitor, situație în care nu se pune problema, în cazul promovării dreptului respectiv de oricare dintre cele două părți, a opunerii unui drept potrivit sub acel aspect. În raport cu astfel de considerente, aprecierea carac-

terului contencios sau necontencios al judecății în contextul arătat, prin raportare la dreptul comun, pare a fi improprie. Aceasta cu atât mai mult cu cât caracterul contencios sau necontencios vizează în dreptul comun etapa de judecată din cadrul procesului, iar nu și etapa privind **executarea silită** din cadrul procesului privit în sens larg, care este apreciată ca atare, iar nu prin raportare la etapa judecății. Or, procedura insolvenței este, de asemenea, o procedură care vizează **executarea creanțelor** și are caracter special; actele de procedură proprii etapei în discuție trebuind să fie luate în considerare prin prisma caracterului menționat.

Pe de altă parte, însă, nu se poate pretinde că în contextul procedural în discuție nu ar interveni o judecată propriu-zisă din partea judecătorului sindic. În cadrul acesteia, în cazul cererii debitorului, acesta recunoaște practic existența unor creanțe împotriva sa, deci nu opune un drept contrariu cu privire la acestea, dar, în cazul cererii creditorilor, aceștia opun debitorului dreptul lor de creanță, astfel că în primul caz procedura trebuie apreciată drept necontencioasă și drept contencioasă în cel de al doilea. Aceasta în condițiile în care, odată cu deschiderea procedurii contrarietatea de interese ține chiar de esența ei, nu numai între debitor și creditor dar și între aceștia din urmă.

Oricum, atât în cazul sentinței, cât și al încheierii este obligatorie motivarea de către judecătorul sindic în ceea ce privește condițiile prevăzute de lege pentru deschiderea procedurii, potrivit art. 261 alin. (1) pct. 5 C. proc. civ.; în legătură cu acest aspect, este de reținut că și în cazul în care s-ar aprecia caracterul necontencios, nu s-ar putea reține că încheierea de deschidere a procedurii nu are **autoritate de lucru judecat**, potrivit art. 337 C. proc. civ. asupra condițiilor de deschidere a procedurii prevăzute cu caracter special în lege.

*

Art. 11 alin. (1) lit. b) – judecarea **contestației** debitorului împotriva cererii introductive a creditorilor pentru începerea procedurii; judecarea opoziției creditorilor la deschiderea procedurii.

Potrivit art. 33 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 debitorul poate să conteste susținerea din cererea introductivă formulată de creditorii în sensul că s-ar afla în **stare de insolvență**, apărându-se în sens contrar.

Judecata unei astfel de contestații revine, în mod firesc, tot în atribuția judecătorului sindic.

*

Art. 11 alin. (1) lit. c) – desemnarea motivată, prin sentința de deschidere a procedurii, dintre practicienii în insolvență care au depus **ofertă de servicii** în acest sens la dosarul cauzei, a administratorului judiciar provizoriu sau, după caz, a lichidatorului care va administra procedura până la confirmarea, ori, după caz, înlocuirea sa de către **adunarea creditorilor**, stabilirea remunerației în conformitate cu criteriile stabilite prin legea de organizare a profesiei de practician în insolvență, precum și a atribuțiilor acestuia pentru această perioadă. În vederea desemnării provizorii a administratorului judiciar, judecătorul sindic va ține cont de toate ofertele de servicii depuse de practicieni, de cererile în acest sens depuse de creditori și, după caz, de debitor, dacă cererea introductivă îi aparține.

Practicianul în insolvență constituie în fiecare cauză un interpus al instanței în procedura derulată, iar exercitarea atribuțiilor specifice acestuia trebuie realizată imediat după deschiderea procedurii, astfel că se impune ca prin hotărârea pronunțată sub acest din urmă aspect, judecătorul sindic să desemneze și practicianul în insolvență, cu menționarea atribuțiilor și retribuiției, dar aceasta în mod provizoriu, până la momentul la care creditorii, care pot, efectiv, interveni în ansamblu în procedură începând cu o etapă ulterioară a acesteia, își vor putea exercita **dreptul de opțiune** definitivă asupra desemnării persoanei practicianului în insolvență în cauză.

Desemnarea practicianului în raport cu ofertele depuse la dosar este justificată din mai multe puncte de vedere, dar este de reținut și că de multe ori numărul înscrisurilor privind ofertele respective depășește în dosar cu mult pe acela al înscrisurilor privind procedura în sine astfel că dosarul respectiv pare mai mult un catalog de oferte, decât reflectarea scriptică a unei proceduri judiciare. În baza unui elementar simț al ordinii, ofertele ar trebui să fie reunite doar într-un volum distinct al dosarului cauzei, sens în care nu este necesară o dispoziție expresă a legii.

Desemnarea trebuie motivată sub aspectul persoanei alese dintre ofertele existente – referitor la elementele pentru care a fost considerată

ca fiind cea mai adecvată pentru cauza respectivă, sub aspectul atribuțiilor stabilite practicianului – în raport cu condițiile cauzei și sub aspectul retribuției – în funcție de criteriile legale prevăzute în acest scop.

Criteriile de evaluare a ofertelor vor avea în vedere, raportat la caracteristicile debitorului, aspectul tehnic și cel financiar prezentat în ofertă în ceea ce privește: experiența în domeniul insolvenței și în cel al activității debitorului, numărul și experiența persoanelor care vor reprezenta practicianul în procedură precum și infrastructura organizatorică și logistică ce poate fi asigurată în **administrarea procedurii**, valoarea asigurată potrivit poliței de asigurare pentru **răspundere profesională**.

În lipsa unor oferte din partea practicienilor în insolvență, judecătorul sindic va desemna provizoriu un practician din lista întocmită de organizația profesională a acestora.

În cazul în care prin hotărârea de deschidere a procedurii nu s-a desemnat în cauză practicianul în insolvență, deși aceasta avea caracter obligatoriu din punct de vedere legal, considerăm că este posibilă completarea ulterioară a hotărârii respective sub aspectul în discuție, în condițiile legii, în raport cu prevederile art. 149 din Legea nr. 85/2006 și art. 281² C. proc. civ., în caz contrar, practicianul desemnat de adunarea creditorilor urmând să fie direct definitiv, fără caracterul provizoratului.

*

Art. 11 alin. (1) lit. d) – confirmarea, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului desemnat de adunarea creditorilor, confirmarea **onorariului** negociat cu adunarea creditorilor.

Legea în materia insolvenței prevede că ultimul cuvânt în ceea ce privește desemnarea practicianului în insolvență – atât sub aspectul persoanei cât și al onorariului, nu și al atribuțiilor în sine, care pot avea doar o justificare legală – îl au creditorii, prin adunarea creditorilor, ale cărei decizii sub aspectul respectiv trebuie confirmate de către judecătorul sindic. De remarcat că acesta din urmă poate desființa o hotărâre a adunării creditorilor și respinge astfel practicianul propus de adunarea creditorilor doar pentru motive de nelegalitate, iar nu și de netemeinicie, aspectele privind oportunitatea de fapt rămânând la latitudinea creditorilor. Pe de altă parte motivele de nelegalitate nu pot

fi limitate arbitrar, de exemplu doar la acelea care privesc condițiile pe care trebuie să le îndeplinească practicianul pentru a putea participa la aplicarea procedurii, ci trebuie avute în vedere orice încălcări ale dispozițiilor legale.

*

Art. 11 alin. (1) lit. e) – înlocuirea, pentru motive temeinice, prin încheiere, a administratorului judiciar sau a lichidatorului.

Pe parcursul derulării procedurii în care a fost desemnat, referitor la practicianul în insolvență pot interveni unele aspecte în măsură să atragă înlocuirea lui, cum ar fi: efectuarea unor acte sau operațiuni nelegale împotriva intereselor creditorilor sau debitorului, tergiversarea fără motive îndreptățite a îndeplinirii atribuțiilor, imposibilitatea exercitării atribuțiilor, incompetența profesională vădită, încetarea calității de practician în insolvență, etc.

În condițiile în care desemnarea provizorie sau confirmarea definitivă în procedură a practicianului constituie atribuția judecătorului sindic, tot acestuia îi revine competența și în ceea ce privește dispunerea înlocuirii practicianului.

Sesizarea în acest sens poate interveni din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor, iar nu și a oricărei părți sau persoane interesate.

Legiuitorul nu limitează motivele pentru înlocuire dar prevede expres că acestea trebuie să fie temeinice, adică să fie în măsură să justifice înlocuirea și să fie probate corespunzător. Desigur, motivele invocate trebuie să îndeplinească și caracterul de legalitate și trebuie menționate în încheierea prin care judecătorul sindic se pronunță în legătură cu înlocuirea. Împotriva încheierii respective practicianul înlocuit, în primul rând, poate declara **recurs**.

Legiuitorul nu a mai avut în vedere expres, în situația înlocuirii și o reglementare referitoare la situația onorariului stabilit pentru practicianul înlocuit, eventual chiar încasat, dar cu certitudine judecătorul sindic trebuie să se pronunțe prin încheierea de înlocuire și în legătură cu acest aspect, practicianului înlocuit necuvenindu-i-se mai mult decât echivalentul contravalorii activității efectuate în mod corespunzător.

*

Art. 11 alin. (1) lit. f) – judecarea cererilor de a i se ridica debitorului dreptul de a-și mai conduce activitatea.

Măsura în care în cursul procedurii se ridică sau nu dreptul debitorului de a-și conduce activitatea economică constituie un aspect complex, cu implicații deosebite asupra regimului juridic aplicabil debitorului, inclusiv asupra reprezentării acestuia în procedură. Ridicarea dreptului de conducere a activității intervine de drept doar în cazul trecerii la procedura falimentului iar în cazul deschiderii procedurii generale nu se poate dispune întotdeauna, însă ulterior acestui moment se poate formula cerere în sensul respectiv de către creditor, comitetul creditorilor, administratorul judiciar, sesizarea putând fi și din oficiu. Pronunțarea sub aspectul în discuție revine exclusiv judecătorului sindic.

*

Art. 11 alin. (1) lit. g) – judecarea cererilor de atragere a **răspunderii membrilor organelor de conducere** care au contribuit la ajungerea debitorului în insolvență, potrivit art. 138, sesizarea organelor de cercetare penală în legătură cu săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art. 143-147.

Soluționarea acțiunii întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 85/2006 prin a cărei formulare se urmărește îndeplinirea tot a scopului procedurii prevăzut în art. 2 din lege, este prevăzută în mod expres în competența judecătorului sindic, în raport atât cu prevederile art. 6 cât și ale art. 138 din aceeași lege.

Prin Legea nr. 85/2006 sunt reglementate și unele **infracțiuni** specifice insolvenței. În condițiile în care procedura insolvenței este reglementată ca o procedură judiciară de competența unei instanțe comerciale, aplicarea prevederilor procedurii penale în legătură cu aceste infracțiuni nu pot constitui, în mod evident, obiectul procedurii insolvenței. Cu toate acestea, ignorându-se faptul că prin caracterul special al reglementării nu se poate justifica recurgerea la orice fel de dispoziții legale, în cuprinsul Legii nr. 85/2006 s-au introdus dispoziții privind sesizarea de către judecătorul sindic a organelor de cercetare penală:

Sesizarea organelor de cercetare penală în legătură cu săvârșirea infracțiunilor prevăzute de art 143-147 revine judecătorului-sindic, deși în condițiile în care acesta are doar atribuții jurisdicționale, iar nu și cele specifice unui judecător de instrucție, sesizarea ar fi trebuit rezervată cel mult administratorului judiciar/lichidatorului. În raport cu variantele de sesizare specifice procedurii penale, plângerea penală este proprie persoanelor vătămate iar denunțul este, categoric, impropriu

pentru o instanță. Este recomandabil ca, în vederea sesizării, judecătorul să constate existența indiciilor privind săvârșirea unei infracțiuni în raport cu înscrisurile administrate de părți sau de practicianul în insolvență în cauză, acestuia din urmă judecătorul sindic având posibilitatea să îi solicite chiar verificarea situației de fapt sub acest aspect (referitor la indicii), în baza art. 20 alin. (2), art. 25 lit. l) din lege.

*

Art. 11 alin. (1) lit. h) – judecarea acțiunilor introduse de administratorul judiciar sau de lichidator pentru anularea unor **acte frauduloase** și a unor constituirii de **transferuri** cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii.

În contextul raportării la **starea de insolvență**, efectuarea de către debitor, anterior deschiderii procedurii de transferuri, către terțe persoane (și mai departe, către persoane subsecvente) cu consecința reducerii patrimoniului propriu, pot fi apreciate a avea caracter fraudulos, în dauna intereselor creditorilor, justificându-se promovarea acțiunilor în anularea lor, în scopul readucerii bunurilor transferate în averea debitorului. Fiind vorba de acțiuni judiciare în sine, competența de soluționare a acestora revine, în cadrul procedurii insolvenței, judecătorului sindic.

*

Art. 11 alin. (1) lit. i) – judecarea **contestațiilor** debitorului, ale comitetului creditorilor ori ale oricărei persoane interesate împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar sau de lichidator.

În condițiile în care practicianul în insolvență este un interpus al instanței, aceasta, prin judecătorul sindic, căruia îi revine în mod expres atribuția de control a activității practicianului, trebuie să aprecieze dacă contestarea în orice fel, de către orice parte interesată a modului în care practicianul își exercită atribuțiile, este sau nu întemeiată, în condițiile legii și să dispună în consecință.

*

Art. 11 alin. (1) lit. j) – admiterea și confirmarea planului (care poate viza atât reorganizarea activității cât și lichidarea unor bunuri), după votarea lui de către creditorii.

Aprecierea conținutului **planului de reorganizare/lichidare** și verificarea gradului de susținere a acestuia de către creditorii întră, cu unele

excepții, în atribuțiile de ordin jurisdicțional ale judecătorului sindic, legea prevăzând în mod expres în competența acestuia admiterea și confirmarea unui plan propus în cauză.

*

Art. 11 alin. (1) lit. k) – soluționarea cererii administratorului judiciar sau a comitetului creditorilor de întrerupere a procedurii de reorganizare și de intrare în faliment.

Trecerea la aplicarea prevederilor planului de reorganizare nu înlătură caracterul judiciar al procedurii insolvenței, fiind necesar să se recurgă la atribuțiile instanței atât în cazul bunei derulări a reorganizării cât și în ipoteza în care se impune încetarea acesteia și urmărirea atingerii scopului procedurii în general, prin trecerea la faliment.

*

Art. 11 alin. (1) lit. l) – soluționarea contestațiilor formulate la rapoartele administratorului judiciar sau ale lichidatorului.

Activitatea desfășurată de către practicianul în insolvență, în îndeplinirea atribuțiilor, în afara instanței trebuie să se reflecte într-o formă scriptică la dosarul cauzei. În acest context legiuitorul a prevăzut depunerea de către practician, la dosarul cauzei a unui raport privind activitatea derulată între termenele de judecată date în instanță și cheltuielile efectuate. În măsura în care cele consemnate în raport nu corespund realității legea prevede posibilitatea contestării de către orice persoană interesată.

*

Art. 11 alin. (1) lit. m) – judecarea acțiunii în anularea hotărârii adunării creditorilor.

Creditorii joacă un rol important în derularea procedurii și în condițiile în care scopul de fond al acesteia este **plata creanțelor lor**, legiuitorul a prevăzut pentru aceștia posibilitatea de a adopta, în adunarea creditorilor, o serie de decizii relevante pentru cursul procedurii, referitoare în primul rând la aspecte ce țin de oportunitatea sub aspect comercial.

Sub aspectul luării unei decizii în procedura insolvenței, legiuitorul a apreciat adunarea creditorilor în mod similar adunării generale a acționarilor/asociaților dintr-o societate comercială, ceea ce nu este chiar

surprinzător având în vedere că unii dintre participanți pot privi procedura insolvenței ca pe o întreprindere (afacere).

*

Art. 11 alin. (1) lit. n) – pronunțarea hotărârii de **închidere a procedurii**.

Așa după cum începe, procedura se și închide în instanță, urmare a unei hotărâri pronunțate de judecătorul sindic, în condițiile prevăzute de lege.

3.5. Limitarea exercitării atribuțiilor

Potrivit dispozițiilor prevăzute prin art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, atribuțiile **judecătorului sindic** sunt limitate la controlul judecătoresc al activității administratorului judiciar sau lichidatorului și la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței, în timp ce atribuțiile manageriale aparțin **administratorului judiciar/lichidatorului** sau debitorului, după caz, deciziile respective putând fi controlate sub aspectul oportunității de către creditorii, prin organele acestora.

Dispozițiile în discuție au caracter de noutate sub aspectul formulării exprese, în raport cu Legea nr. 64/1995, dar aspectele reglementate rezultau și prin prisma unor interpretări ale dispozițiilor legii respective. Prin aceste dispoziții nu intervine, așa cum pare la prima vedere, o restrângere a atribuțiilor judecătorului sindic sau o atenuare a caracterului judiciar al procedurii.

Procedura rămâne, încă, una cu caracter exclusiv judiciar, derulându-se în mod necesar și indispensabil sub autoritatea instanței.

Dispozițiile art. 11 alin. (2) sunt doar corespunzătoare unui anumit stadiu al dezvoltării reglementării legale interne privind procedura insolvenței. Într-un stadiu istoric original rolul preponderent în derularea procedurii aparținea creditorilor; într-o fază ulterioară procedura a devenit judiciară, rolul preponderent revenind instanței. În acest ultim stadiu, tendința evoluției a fost în sensul intrării judecătorului sindic în compunerea instanței, pentru exercitarea atribuțiilor specifice de ordin jurisdicțional și de control judiciar, și, în mod corelativ, atribuțiile privind derularea în fapt a activităților pe care le presupune procedura,

În afara cadrului instanței au revenit în sarcina practicienilor în insolvență, ca organe specializate cu privire la aceste activități. Pentru aceștia din urmă, esențial în dezvoltarea profesiei și a implicării în derularea procedurii, nu este doar creșterea competenței profesionale ci și dezvoltarea organizatorică și funcțională, inclusiv sub aspectul reglementării legale în măsură să conducă la o instituționalizare a autorității lor asupra desfășurării actelor care le revin în competență, autoritate similară celei a instanței. În ceea ce privește reglementarea legală în sensul menționat, dispozițiile art. 11 alin. (2) constituie un început și pentru început în interpretarea lor se produc și confuzii. De exemplu, în cazul prevederilor art. 98 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, s-au exprimat opinii contrare referitor la măsura în care, în funcție de criteriile prevăzute de lege, admiterea planului este o atribuție exclusiv jurisdicțională sau nu (asupra acestui caz se va reveni în secțiunea privind reorganizarea judiciară).

Dincolo de faptul că, într-un plan, procedura privită în ansamblu are în integralitate caracter judiciar, mergând în detaliu, delimitarea celor două domenii, activitatea practicianului în insolvență și, respectiv, procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii (în funcție de care se delimitează, conform textului de lege, cele două categorii de atribuții care revin judecătorului sindic – atribuțiile privind controlul judecătoresc, al activității practicianului și, respectiv, cele privind procesele și cererile de natură judiciară), se bazează pe faptul că în structurarea complexă a procedurii, o parte a actelor, activităților, operațiunilor acesteia, de natură pur judiciară se realizează, evident, în instanță, sub controlul exclusiv al acesteia, iar o altă parte, care nu este de natură pur judiciară, ci privește de exemplu aspecte economice, comerciale, sau aspecte de fapt se realizează atât în instanță dar mai ales în afara acesteia, inclusiv în raport exclusiv cu debitorul, iar în cazul acestora manageriatul procedurii revine practicianului în insolvență, prin exercitarea atribuțiilor care îi sunt prevăzute legal.

În cazul ambelor categorii, atribuțiile judecătorului sindic se realizează în mod preponderent pe cale jurisdicțională, prin pronunțarea unor hotărâri judecătorești.

În procedură, judecătorul sindic deține un control nelimitat în ceea ce privește legalitatea oricăror acte de procedură, activități, operațiuni, din cadrul ambelor domenii la care s-a făcut referire anterior. În cazul

proceselor și cererilor de natură judiciară controlul este și sub aspectul temeiniciei (oportunității), dar în cazul activității de factură economică a practicianului, controlul se rezumă la legalitate; aceasta deoarece, potrivit textului de lege, în cazul actelor de procedură, activităților, operațiunilor în raport cu care intervine manageriatul practicianului, controlul sub aspectul oportunității (temeiniciei) deciziilor luate de către practician este exercitat nu de către judecătorul sindic, ci de către creditorii, prin intermediul comitetului și/sau adunării creditorilor.

Interpretarea dispozițiilor art. 11 alin. (2) a născut controverse și sub un alt aspect în raport cu formularea limitativă a textului de lege. Astfel, într-o interpretare restrictivă, s-a apreciat că alte cereri decât cele privind controlul judecătoresc al activității practicianului, procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii (incluzând aici, bineînțeles și sesizările din oficiu), cum ar fi o acțiune în revendicarea unui imobil al debitorului, o acțiune în **recuperarea unei creanțe** a debitorului, etc, exced competența judecătorului sindic, indiferent de **calitatea procesuală** pe care ar avea-o debitorul în cadrul acestora. Ca argumente, s-a reținut în acest sens: formularea limitativă a atribuțiilor judecătorului sindic (sau mai bine zis a domeniilor de exercitare a atribuțiilor) în chiar textul de lege; antrenarea în procedură și a altor subiecte de drept decât acelea specifice, ar atrage aplicabilitatea și față de acestea, deși în mod legal nu au interes în acest sens, a dispozițiilor speciale ale Legii nr. 85/2006, mai inflexibile și apropiate de acelea ale unei executări silite, inclusiv citarea prin **Buletinul procedurilor de insolvență**; pentru unele dintre aceste alte cereri, legea prevede în mod expres competența de soluționare a altei instanțe decât tribunalul sau posibilitatea declarării nu numai a recursului ci și a apelului;

Pe de altă parte, într-o interpretare extensivă s-a susținut că revine în competența judecătorului sindic nu numai soluționarea proceselor și cererilor de natură judiciară aferente procedurii ci și a altor cereri a căror finalitate este reîntregirea averii debitorului, bineînțeles însă în cazul în care legea nu a prevăzut competența altei instanțe. Se argumentează în această opinie, că scopul procedurii este **maximizarea averii debitorului** și, în consecință, din moment ce acțiunea în revendicarea unui bun al debitorului, recuperarea unei creanțe a acestuia, etc. sunt corespunzătoare acestui scop, competența privind judecata

acestora trebuie să revină tot judecătorului sindic; prevederile art. 11 alin. (1) enumeră doar în mod exemplificativ iar nu limitativ atribuțiile judecătorului sindic.

Or, prevederile art. 11 enumeră exemplificativ dar și cu mențiunea „în cadrul prezentei legi”, atribuțiile judecătorului sindic, ceea ce înseamnă că în continuarea enumerării se pot avea în vedere în competența judecătorului sindic, doar judecata unor cereri, acțiuni reglementate prin Lega nr. 85/2006, decurgând intrinsec în derularea procedurii. În raport cu exemplele date, referitor la acțiunea în recuperarea unei creanțe a debitorului în legea arătată se menționează doar atribuția practicianului în sensul formulării ei fără a se reglementa ca atare sau ca un element al procedurii, în competența rezultând potrivit art. 6 din aceeași lege; la fel, în cazul unei acțiuni în revendicarea unui bun al debitorului. Reîntregirea averii debitorului comportă un aspect specific procedurii insolvenței în cazul, de exemplu, a unei acțiuni formulate în temeiul art. 79-80 din Legea nr. 85/2006 și un aspect propriu dreptului comun în cazul, de exemplu, a unei acțiuni în pretenții a debitorului pentru recuperarea unei creanțe proprii. Prin urmare, interpretarea extensivă, sub aspectul în discuție, adaugă la lege, neputând fi apreciată ca fiind valabilă.

3.6. Cadrul raporturilor dintre judecătorul sindic și practicianul în insolvență

În contextul nomelor de drept referitoare la atribuțiile judecătorului sindic este de menționat că în Regulamentul de ordine interioară a instanțelor judecătorești s-a menținut o perioadă îndelungată, atât sub imperiul Legii nr. 64/1995 cât și după intrarea în vigoare a Legii nr. 85/2006, dispoziția prevăzută la art. 32 lit. m), în sensul că pe lângă atribuțiile preluate din cuprinsul art. 11 din legea insolvenței, judecătorul sindic mai poate, tot ca atribuție principală, adăugată în plus și „să organizeze întâlniri cu lichidatorii și administratorii desemnați în cauzele repartizate”.

În legătură cu această din urmă atribuție în practica judecătorilor sindici s-a exprimat și opinia în sensul că deși practicianul în insolvență are atribuția de a sesiza judecătorul sindic în legătură cu orice problemă

care ar cere o soluționare de către acesta, chiar și astfel de probleme trebuie puse în discuție și soluționate în cadrul ședințelor de judecată, cu respectarea **dreptului la apărare**, a principiilor contradictorialității, publicității, oralității iar nu în cadrul altor „întâlniri” periodice. De altfel, la fiecare termen de continuare a procedurii practicianul în insolvență depune la dosarul cauzei un raport referitor la modul de îndeplinire a atribuțiilor și justificarea cheltuielilor, care constituie o pârghie legală de sesizare a judecătorului sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare din partea acestuia. În condițiile în care atribuțiile manageriale aparțin în procedură practicianului în insolvență și în raport cu prevederile art. 6 alin. (1) din **Convenția pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale**, nu există niciun motiv pentru ca practicienii în insolvență să poată avea întâlniri „private” cu judecătorul sindic.

Într-adevăr, formularea dispoziției din art. 32 lit. m) în discuție suferă de lipsuri majore, în primul rând că lasă să se poată înțelege orice în ceea ce privește scopul, locul, derularea discuțiilor referitoare la „întâlnirile” prevăzute a fi organizate de judecătorul sindic. În aceste condiții, sunt majore posibilitățile de interpretare și aplicare în mod greșit a dispoziției respective, inclusiv de a se capacita o eventuală stare de coruptibilitate preexistentă, fiind chiar surprinzător că dispoziția în discuție a supraviețuit în forma menționată, în contextul legislativ actual. Totuși, formularea chiar inadecvată nu justifică în primul rând înlăturarea unei norme al cărei obiect de reglementare poate fi perfect valabil, ci demersul pentru o interpretare și aplicare corectă sau, *de lege ferenda*, precizarea în mod corespunzător a acesteia. Astfel, este indiscutabil că judecătorul sindic are, în general sub aspectul exercitării atribuțiilor profesionale, statutul propriu oricărui judecător în sensul că în general în activitatea lui primează atribuțiile jurisdicționale, procedura insolvenței desfășurată în instanță suprapunându-se cu procedura de judecată, desfășurată la termenele stabilite, etc. Acest statut a intervenit în condițiile modificării Legii nr. 64/1995 prin Legea nr. 99/1999 și s-a menținut prin modificările ulterioare, inclusiv în reglementarea Legii nr. 85/2006. Dar, așa cum și în procedura de judecată de drept comun judecătorul efectuează și alte acte de procedură decât cele jurisdicționale propriu-zise (cercetarea la fața locului, cu ascultarea martorilor

sau experților pricinii, etc.), cu atât mai mult într-o procedură atât de complexă și specială cum este procedura insolvenței poate fi necesară, cu titlu de excepție, efectuarea de către judecătorul sindic și a altor atribuții decât cele jurisdicționale iar o astfel de necesitate rezultă, desigur nu expres ci în fapt, implicit și din cuprinsul Legii nr. 85/2006, prevederea din regulament având deci un temei legal. Desigur că, în orice ipoteză în măsură să atragă astfel de atribuții de excepție, specifice pentru o procedură cu o substanțială desfășurare în afara instanței, se poate recurge, alternativ și la exercitarea atribuțiilor obișnuite, de ordin jurisdicțional propriu-zis, dar aceasta în dauna celerității. Textul în discuție nu are în vedere „întâlnirile” la care face referire ca având caracter periodic sau în sens „privat”, și dacă în practică s-a procedat astfel aplicarea greșită a legii este evidentă. Important este ca forma pe care o îmbracă aceste întâlniri să fie legală. Rapoartele lunare depuse la dosarul cauzei au un alt obiect și oricum s-ar subsuma dispoziției potrivit căreia practicianul în insolvență poate sesiza judecătorul sindic cu orice problemă care ar necesita o soluție din partea acestuia – dispoziție care nici nu distinge între o soluție de ordin jurisdicțional sau una sub un aspect de fapt. Or, prevederile art. 32 lit. m) au în vedere altceva și anume posibilitatea, facultatea judecătorului sindic de a cere practicianului în insolvență să se prezinte în fața lui, în plus față de termenele de judecată obișnuite deja stabilite, măsura în care se justifică aceasta fiind lăsată pe deplin la latitudinea judecătorului, care apreciază chiar și în raport de timpul său disponibil. Controlul judecătoresc asupra activității practicianului nu poate fi limitat în privința modalităților legale de realizare ci doar în legătură cu domeniul de exercitare. Atribuțiile judecătorului sindic referitoare la procesele și cererile de natură judiciară aferente procedurii insolvenței trebuie, desigur, apreciate ca fiind exclusiv de natură jurisdicțională, excluzând orice „întâlnire” cu practicianul în insolvență, altfel decât în conformitate cu procedura de judecată. Dar, în ceea ce privește atribuțiile privind controlul judecătoresc al activității practicianului în insolvență, dispozițiile art. 11 alin. (2) nu fac distincție între cele de ordin jurisdicțional și cele de fapt. În acest din urmă context, în exercitarea controlului poate apare, de exemplu necesitate cercetării, constatării sau dispunerii asupra unei situații de fapt privind activitatea practicianului care implică prezentarea acestuia la judecătorul sindic mai devreme decât termenul de

judecată stabilit în cauză. Cum celeritatea este hotărâtoare pentru derularea procedurii, judecătorul sindic va trebui să procedeze în mod corespunzător. În raport cu dispozițiile legale aplicabile în materia insolvenței, inclusiv potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006, demersul judecătorului sindic trebuie să îmbrace forma unui **act de procedură** legal, transparent – inclusiv sub aspectul consemnării în dosar, fără a contraveni dreptului la apărare, contradictorialității – pentru a preveni suspiciunea de corupție, apelându-se inclusiv la procedura necontencioasă, camera de consiliu – în măsura în care legea permite, etc. Astfel de acte de procedură trebuie să aibă desigur mai mult un caracter incidental, nefiind recomandabilă recurgerea în mod exagerat la ele. Obiectul lor nu va putea fi, desigur, judecata în procedură contencioasă, interpretarea dispozițiilor legale, etc. În plus, poate fi vorba doar de **practicianul în insolvență**, a cărui activitate nu are încă o instituționalizare suficientă și care constituie un interpus al instanței în aplicarea procedurii, trebuind considerat ca atare, iar nu și de alți participanți la procedură (creditori, debitorul, administratorul special, etc.). Totuși, dacă și aceștia se prezintă nu pot fi excluși de la ședință, în respectarea principiului transparenței.

Rezultă din cele arătate că în raport cu prevederile Legii nr. 85/2006, pentru buna derulare a procedurii pot fi necesare ținerea și a altor ședințe ale judecătorului sindic cu practicianul în insolvență decât cele decurgând din derularea obișnuită a procedurii de judecată iar prevederile art. 32 lit. m) au urmărit crearea și a unui cadru regulamentar pentru exercitarea unor atribuții sub acest aspect. În consecință, nu se impune înlăturarea unor astfel de prevederi decât în măsura în care nu se precizează formularea textului pentru a se da forma legală actelor de procedură avute în vedere, formularea actuală generând interpretări și aplicări greșite precum și îndoială asupra corectitudinii procedurii, referitor la judecătorul sindic, în primul rând. Faptul că sunt posibile interpretările greșite a rezultat mai ales din susținerile greșit formulate, într-un mod sau altul, în scop doctrinar, de către practicieni în insolvență. S-a susținut astfel că prevederile art. 32 lit. m) au permis instituționalizarea relației practicianului în insolvență cu judecătorul sindic, că în atribuțiile acestuia din urmă intră și emiterea de avize și dispoziții în contextul procedurii, precum și că în regulamentul instanțelor ar trebui

introduse reglementări în sensul de a se ține săptămânal, de către judecătorul sindic, fie și în biroul acestuia, ședințe cu fiecare dintre practicienii desemnați în dosarele judecătorului respectiv, pentru soluționarea sau lămurirea unor chestiuni administrative sau jurisdicționale.

Or, ține de domeniul evidenței faptul că astfel de susțineri contravin legalității procedurii și conduc la aservirea judecătorului sindic nu față de procedura insolvenței ci față de practicienii în insolvență, cu consecința schimbării în sens privat a caracterului judiciar al procedurii.

3.7. Limitarea suspendării executării

Dispozițiile art. 12 alin. (1) prevăd în mod expres că hotărârile judecătorului sindic sunt definitive (deci fără drept de apel) și executorii, putând fi atacate separat cu **recurs**, scopul principal al acestor dispoziții fiind asigurarea celerității și cursivității derulării procedurii insolvenței.

Astfel, în condițiile în care hotărârile sunt executorii, iar în principiu recursul nu suspendă executarea, acestea sunt puse în aplicare îndată după pronunțare, în primul rând prin intermediul practicianului în insolvență.

În doctrina juridică s-a susținut că posibilitatea suspendării executării în cazul formulării recursului trebuie extinsă, *de lege ferenda*, ca efect de drept al declarării recursului, la sentința prin care judecătorul sindic nu confirmă planul și dispune trecerea la faliment sau chiar la aceea prin care s-a soluționat contestația la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare. Aceasta deoarece aplicarea imediată a sentinței poate atrage în primul caz încetarea activității de producție a debitorului iar în al doilea caz efecte majore asupra averii debitorului ca urmare a distribuirilor efectuate, iar în cazul în care în recurs se modifică sentința atacată în sens contrar, revenirea de la lichidator la administrator judiciar cu reinițierea activității de producție, respectiv, revenirea la situația anterioară distribuirilor, sunt greu sau imposibil de realizat.

Or, prin dispozițiile art. 8 alin. (5) din Legea nr. 85/2006, în raport cu promovarea principiului nesuspendării executării, legiuitorul a avut în vedere, în sensul posibilității de **suspendare a executării**, sentințele prin care se aduc, în primul rând schimbări majore, de regim juridic în privința debitorului (de exemplu, **deschiderea procedurii** marchează

trecerea debitorului de la desfășurarea activității fără limitări la regimul prevăzut de procedura insolvenței; trecerea la faliment fie în procedura generală fie în aceea simplificată înseamnă și **dizolvarea** debitorului, etc.) sau care produc efecte juridice față de care revenirea la situația anterioară, chiar dacă este posibilă, ar determina o apreciere negativă majoră în legătură cu certitudinea procedurii insolvenței (de exemplu, în cazul în care se face distribuirea unor sume din averea debitorului). De asemenea, excepțiile în sensul posibilității de suspendare a executării sunt vizate la cerere, iar nu de drept. Revenirea la reorganizarea pe bază de plan, de la procedura falimentului începută nu este imposibilă ca efect al modificării sentinței în recurs, iar în cazul sentinței prin care s-a soluționat contestația la **planul de distribuire**, dispozițiile art. 8 alin. (5) lit. d) prevăd, de fapt, posibilitatea suspendării executării, la cerere.

3.8. Incompatibilitatea

Dispozițiile art. 12 alin. (2) stabilesc că prevederile art. 24 alin. (1) C. proc. civ. privind **incompatibilitatea** nu sunt aplicabile judecătorului sindic care pronunță succesiv hotărâri în același dosar, cu excepția rejudecării, după casarea hotărârii în recurs.

Dispozițiile art. 12 alin. (2) vin să precizeze în legea specială că pronunțarea unor hotărâri succesive în aceeași cauză de către același judecător sindic ține de specificul procedurii în materie și este legală (deoarece judecătorul sindic intervine de mai multe ori în aceeași procedură dar referitor la „cauze” diferite, în succesiunea procedurii), cu excepția rejudecării după **casare**, judecătorul sindic având obligația de a efectua în continuare actele de procedură pe care le impune derularea și finalizarea acesteia, desemnarea lui intervenind pentru cauză referitor la ansamblul procedurii insolvenței. Dispozițiile în acest sens s-au justificat față de numărul restrâns de judecători sindici de la tribunale, situație în care în cazul neînălțurării dispozițiilor de drept comuni referitoare la incompatibilitate și **abținere**, s-ar ajunge în scurt timp la incompatibilitatea judecătorilor existenți în toate cauzele aflate pe rol. În unele opinii s-a apreciat că nu intervine incompatibilitatea nici în cazul în care judecătorul sindic care a pronunțat hotărârea recu-

rată ajunge între timp să intre în compunerea instanței de recurs; dar, este evident că în lipsa unei dispoziții exprese în acest sens, judecătorul respectiv s-a (mai) pronunțat deja asupra cauzei și nu se poate pronunța asupra propriei hotărâri în calea de atac.

Dispozițiile art. 12 alin. (2) trebuie interpretate și aplicate în sensul că în cazul casării cu trimitere pentru rejudecare, se va desemna un alt judecător sindic decât cel inițial – care a pronunțat hotărârea casată – în vederea rejudecării cauzei în limita în care a constituit obiectul primei judecăți, după care, în cazul în care se pune problema continuării procedurii și sub alte aspecte, aceasta revine din nou în atribuția judecătorului sindic inițial. Aceasta deoarece în raport cu formularea art. 12 alin. (2) caracterul special, derogatoriu al dispoziției privind inaplicabilitatea regulilor incompatibilității nu intervine în cazul casării, ceea ce înseamnă, *per a contrario*, că în privința a ceea ce excede obiectul casării rămâne pe deplin compatibil judecătorul inițial pentru exercitarea atribuțiilor, sau altfel spus, asupra a ceea ce nu constituie obiectul casării nu intervin nici motivele de incompatibilitate – excepția fiind de strictă interpretare.

În doctrină s-a exprimat și o altă opinie asupra interpretării art. 12 alin. (2), în sensul că în situația de excepție în care într-o procedură intervine casarea unei hotărâri a judecătorului sindic, acesta devine incompatibil referitor la întreaga (eventuala) continuare a procedurii; în aceeași opinie se consideră a fi paradoxal faptul că dispozițiile art. 12 alin. (2) rețin intervenirea incompatibilității numai în cazurile de casare (art. 304 pct. 1-5) iar nu și în cazurile de modificare (art. 304 pct. 6-9), deși este evident că judecătorul sindic a devenit incompatibil pentru a continua procedura după ce a fost modificată o hotărâre a sa; pentru această situație se găsește și un remediu, acela al instituției incompatibilității, bazată pe imparțialitatea judecătorului sindic.

Opinia este greșită. Dispozițiile art. 12 alin. (2) se referă la ipoteza casării cu trimitere spre rejudecare (din care se pot chiar exclude cazurile în care în primă instanță cauza a fost soluționată greșit pe cale de excepție) și, de asemenea, doar la contextul rejudecării. În cazul în care în recurs intervine modificarea sau casarea cu reținere spre rejudecare și se restituie dosarul către tribunal pentru continuarea procedurii, hotărârile instanței de recurs sunt obligatorii pentru judecătorul sindic și, de

altfel, nu mai este vorba de nicio rejudecare ci doar de continuarea procedurii referitor la alte aspecte, cu privire la care judecătorul sindic urmează să se pronunțe pentru prima dată, astfel că nu se justifică reținerea incompatibilității. Desigur că judecătorul sindic poate invoca incompatibilitatea în judecățile ulterioare, pe motivul că acestea ar avea legătură cu opinia pe care a exprimat-o în hotărârea casată cu reținere sau modificată, dar de regulă o astfel de cerere este neîntemeiată, fiind rodul unei pseudoimparțialități.

Secțiunea a 4-a. Creditorii

§1. Aspecte de principiu

Având în vedere că, în mod esențial, creditorii sunt beneficiarii procedurii insolvenței, formularea și aplicarea reglementării legale a procedurii insolvenței trebuie să le permită acestora să joace un rol activ. Astfel, în mod firesc ei trebuie să poată lua decizii sau să efectueze demersuri cu privire la anumite aspecte esențiale: în faliment – numirea și concedierea lichidatorului, aprobarea continuării temporare a afacerii de către lichidator, aprobarea vânzării bunurilor din averea debitorului; în reorganizare – propunerea și aprobarea planului de reorganizare, concedierea administratorului judiciar; în plus ei trebuie să poată să recomande sau să ceară în fața instanței, de exemplu, trecerea de la procedura de reorganizare la faliment. Acordarea unui rol activ în procedură creditorilor prezintă importanță mai ales atunci când cadrul legal și instituțional privind procedura insolvenței este mai puțin dezvoltat. Creditorii își vor pierde încrederea în procedură dacă deciziile esențiale în cadrul acesteia sunt luate de entități care sunt percepute ca având competență și independență redusă.

Creditorii vor putea să-și exercite efectiv rolul activ prevăzut legal dacă procedura se derulează în mod transparent. Este imperativ să se primească de către creditorii datele despre întrunirile și deciziile importante în procedură și să primească informații suficiente pentru a fi în măsură să ia decizii fundamentate. În condițiile în care crește numărul

procedurilor implicând creditori aflați la mare depărtare de tribunal, este recomandabil să se prevadă în reglementarea legală ca **votul** creditorilor să poată fi exprimat și prin poștă, etc.

În cazul în care în procedură sunt un număr mare de creditori, constituirea **comitetului creditorilor** va susține coerența și eficiența procedurii; este indicat ca legea să prevadă că **cheltuielile** ce țin de **administrarea procedurii** apărute în legătură cu comitetul creditorilor vor fi suportate de averea debitorului. Totodată profită tuturor participanților la procedură ca instanța să poată limita cheltuielile excesive ale comitetului, inclusiv cele cu avocații.

În mod obișnuit comitetul creditorilor joacă doar un rol de consiliere, dând recomandări în procesul de luare a deciziilor (în mod normal nu are autoritatea de a lua decizii majore în numele tuturor creditorilor) dar și un astfel de rol poate fi deosebit de important – comitetul va face recomandări celorlalți creditori referitor la deciziile esențiale pe care trebuie să le ia (de exemplu, decizia referitoare la votarea sau nu a planului, sau – în instanță – referitor la cum ar trebui aceasta să decidă în probleme importante. Deși instanța trebuie să îi asculte pe toți creditorii, o atenție mai mare o va acorda punctului de vedere exprimat de comitetul creditorilor.

În scopul facilitării procesului de luare a deciziilor, un comitet care are o activitate efectivă poate juca un rol deosebit în negocierea planului de reorganizare. Practica a arătat că în situația în care există un număr mare de creditori cu interese divergente unul dintre aspectele critice este adoptarea unei decizii între creditori. Crearea comitetului creditorilor ca un unic consilier poate facilita considerabil rezolvarea acestei probleme, în sensul de a convinge creditorii și de ale obține acordul. Comitetul mai poate contribui și la extinderea fluxului de informații privind procedura către creditori. Debitorul va fi mai înclinat să transmită informații confidențiale către mai puținii creditori din comitet decât către toți creditorii din procedură, mai ales când membrii comitetului își asumă păstrarea confidențialității.

Pentru a se putea juca rolul menționat de către comitet trebuie evitată schimbarea frecventă a compunerii acestuia. Un comitet cu un număr restrâns de membrii este mai eficient dar un astfel de comitet este mai dificil de constituit dacă sunt mulți creditori cu **interese contra-**

dictorii. Deși valoarea creanțelor pretinse de creditorii trebuie avută în vedere pentru a se stabili care dintre aceștia ar trebui să facă parte din comitet, aceasta nu trebuie să fie singurul criteriu. Șansele de realizare cu succes a unei reorganizări cresc cu atât mai mult cu cât este susținută, uneori și financiar, de interese economice cât mai diferite ale creditorilor – motiv pentru care este important ca structurarea comitetului să reflecte aceste interese; într-un astfel de context, de exemplu, nu este necesară (sau nu ar trebui să fie, în ipoteza derulării normale a procedurii) includerea creditorilor cu creanțe garantate în comitet, din moment ce interesele acestora sunt pe deplin protejate prin dispozițiile exprese ale legii, fiind de preferat includerea instituțiilor financiare, creditorilor chirografari, etc., dacă se urmărește în majoritate reorganizarea debitorului, în acest fel putându-se depăși tendința creditorilor garantați de recuperare a creanței lor pe calea lichidării bunurilor debitorului asupra cărora poartă garanția pe care o dețin, prin cointeresarea lor în sensul reorganizării. Desigur, astfel se poate pune problema în contextul în care derularea procedurii este transparentă și predictibilă, în baza unei reglementări legale corecte sub aspect principial. Altfel, deși sunt cei mai favorizați, **creditorii garantați** pot constata că pierd și garanția și nici nu își recuperează creanța, în urma malversațiunilor celorlalți creditori.

În reglementarea Legii nr. 85/2006, comparativ cu prevederile Legii nr. 64/1995, s-au menținut majoritatea dispozițiile vizând demersurile procedurale pe care creditorii le pot efectua în mod individual în cadrul procedurii, în scopul recuperării creanței lor.

Pe de altă parte, au fost aduse precizări terminologice în ceea ce privește creditorii, și a fost înlăturată **calitatea procesuală** activă a acestora sub aspectul formulării acțiunii în atragerea **răspunderii membrilor organelor de conducere**.

Sub aspectul precizărilor terminologice, prin dispozițiile art. 3 pct. 7 s-a prevăzut că în procedura insolvenței, prin creditor se înțelege persoana fizică sau juridică ce deține un drept de creanță asupra averii debitorului și care a solicitat, în mod expres, instanței să îi fie înregistrată creanța în **tabelul definitiv de creanțe** sau în **tabelul definitiv consolidat** de creanțe și care poate face dovada creanței sale față de patri-

moniul debitorului, în condițiile prezentei legi. Au calitate de creditor, fără a depune personal declarațiile de creanță, salariații debitorului.

Potrivit prevederilor art. 3 pct. 6 creditorul îndreptățit să solicite **deschiderea procedurii** insolvenței este acela a căru creanță împotriva patrimoniului debitorului este certă, lichidă și exigibilă de mai mult de 30 de zile.

Creditorul îndreptățit să participe la procedura insolvenței este, potrivit art. 3 pct. 8, acel creditor care a formulat și i-a fost admisă, total sau în parte, o cerere de înregistrare a creanței sale pe tabelul definitiv al creanțelor contra debitorului și care are dreptul de a participa și de a vota în adunarea creditorilor, inclusiv asupra unui plan de reorganizare judiciară admis de judecătorul sindic, de a fi desemnat în calitate de membru al comitetului creditorilor, de a participa la distribuțiile de fonduri rezultate din reorganizarea judiciară a debitorului sau din lichidarea averii debitorului, de a fi informat sau notificat cu privire la desfășurarea procedurii și de a participa la orice altă procedură reglementată de Legea nr. 85/2006.

Sunt **creditori chirografari**, potrivit art. 3 pct. 13 creditorii debitorului care nu au constituite garanții față de patrimoniul debitorului și care nu au privilegii însoțite de drepturi de retenție, ale căror creanțe sunt curente la data deschiderii procedurii, precum și creanțe noi, aferente activităților curente în **perioada de observație**.

În contextul aceluiași precizări terminologice legiuitorul a mai stabilit potrivit art. 3 pct. 9, că creanțele garantate sunt creanțele persoanelor care beneficiază de o garanție reală asupra bunurilor din patrimoniul debitorului, indiferent dacă acesta este debitor principal sau terț garantat față de persoanele beneficiare ale garanțiilor reale.

§2. Adunarea Creditorilor. Comitetul Creditorilor

În ceea ce privește posibilitatea demersurilor procedurale colective din partea creditorilor în manifestarea intereselor acestora, Legea nr. 85/2006 prevede în continuare dispoziții privind reglementarea adunării creditorilor și a comitetului creditorilor.

Acestea nu sunt organe care aplică procedura și nu au personalitate juridică. **Calitatea procesuală** în sensul formulării unor cereri în cadrul

procedurii este prevăzută pentru comitet iar nu și pentru adunarea creditorilor.

2.1. Adunarea creditorilor

2.1.1. Convocarea adunării creditorilor

Pentru buna derulare a procedurii, întrunirea adunării creditorilor și adoptarea unor hotărâri de către aceasta privește în egală măsură nu numai creditorii ci și judecătorul sindic, practicianul în insolvență, debitorul, etc.

Adunarea creditorilor se convoacă în toate cazurile prevăzute expres de lege precum și ori de câte ori este necesar. Sunt convocați efectiv la adunare creditorii cunoscuți la acel moment în procedură.

Dispozițiile art. 13 alin. (1) și (2) din Legea nr. 85/2006 stabilesc regula în sensul că adunarea creditorilor este convocată (termen care implică atât inițiativa întrunirii adunării cât și convocarea în sine a creditorilor) și prezidată de către practicianul în insolvență desemnat în cauză (administratorul judiciar în perioada de observație și în reorganizarea din procedura generală, respectiv, lichidatorul în faliment), exceptând cazurile în care legea sau judecătorul sindic dispun altfel; aceleași dispoziții mai prevăd că secretariatul ședințelor adunării creditorilor este, de asemenea, în sarcina practicianului în insolvență.

Cu titlu de excepție legea prevede, de exemplu, prin art. 13 alin. (3) că adunarea creditorilor poate fi convocată și de către comitetul creditorilor sau la cererea creditorilor deținând creanțe în valoare de cel puțin 30 % din valoarea totală a acestora; sau, potrivit art. 129 alin. (1), că judecătorul sindic convoacă adunarea creditorilor în termen de maximum 30 de zile de la afișarea raportului final.

Dacă în cazul regulei menționate anterior este clar că lichidatorul are inițiativa întrunirii adunării creditorilor și că acesta va efectua convocarea creditorilor, va prezida adunarea și va asigura secretariatul acesteia, se pune problema modului în care se vor exercita aceste atribuții în cazul în care legea sau judecătorul sindic dispun altfel. Apreciem că în cazul în care legea dispune astfel, se va avea în vedere în mod distinct măsura în care legea derogă expres în acel caz de la regulă

și în completare prevederile care reglementează regula stabilită. De exemplu, credem că în cazul art. 13 alin. (3) legiuitorul nu a avut în vedere derogator de la regulă decât inițiativa convocării de către alte părți decât practicianul în insolvență, dar acesta trebuie sesizat cu inițiativa respectivă, urmând să asigure convocarea efectivă, prezidarea și secretariatul adunării, etc., iar dacă nu o face există posibilitatea contestării poziției lui nonactive și a cererii de înlocuire sau a solicitării dispunerii de către judecătorul sindic a exercitării altfel a atributelor respective.

În cazul în care judecătorul dispune altfel, credem că, cel puțin în mod teoretic, acesta poate dispune efectuarea altfel decât prin practicianul în insolvență (de exemplu, în propria obligație) a convocării efective, a prezidării și secretariatului adunării (care este un aspect auxiliar), deoarece astfel rezultă din interpretarea dispozițiilor art. 13 alin. (1), care nu disting cu privire la limita în care se poate dispune altfel. Desigur că efectuarea convocării și prezidarea unei adunări a creditorilor țin mai mult de managementul procedurii, care revine practicianului în insolvență potrivit art. 11 alin. (2) din lege, dar dispozițiile art. 13 alin. (1) sunt, în sensul discutat, derogatorii de la acestea. Totuși, în concret, înlocuirea practicianului în insolvență, în exercitarea atributelor menționate, cu judecătorul sindic nu este recomandabilă, decât în cazuri extreme, foarte bine justificate, deoarece statutul și atribuțiile legale ale acestuia din urmă sunt contrare efectuării unor astfel de demersuri (de exemplu, judecătorul sindic ar putea ajunge în situația de a judeca o **acțiune în anulare** împotriva hotărârii adunării consemnate în procesul-verbal pe care l-a semnat în calitate de președinte al adunării, etc.). În firea lucrurilor este lăsarea atributelor în discuție în sarcina practicianului în insolvență, chiar dacă mai întâi acesta trebuie înlocuit.

Convocarea trebuie să cuprindă în mod obligatoriu ordinea de zi a ședinței adunării creditorilor [art. 14 alin. (1)], pentru că orice deliberare asupra unei chestiuni necuprinse în convocare este nulă (**nulitate relativă**) – art. 14 alin. (2), cu excepția cazului în care la ședință participă titularii tuturor creanțelor. Dispozițiile legii nu disting expres asupra formei în care trebuie să se realizeze convocarea, dar, în condițiile în care la dosarul cauzei trebuie depusă dovada efectuării convocării cel

mai târziu odată cu procesul-verbal încheiat în adunarea creditorilor, iar în conținutul acesteia trebuie să se regăsească data, locul ținerii adunării și ordinea de zi, forma scrisă este necesară și obligatorie și în raport cu modalitatea de comunicare prevăzută de lege – potrivit art. 7 și următoarele din Legea nr. 85/2006, prin **Buletinul procedurilor de insolvență**. De remarcat că în cazul primei adunări a creditorilor data la care se ține aceasta se comunică totodată cu **notificarea** deschiderii procedurii, potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă. Primirea de către creditorii a convocării trebuie asigurată în termen util dar și în funcție de criteriul celerității procedurii.

Potrivit art. 13 alin. (4) creditorii pot fi reprezentați în adunare prin împuterniciți cu procură specială autentică, sau, în cazul creditorilor bugetari și al celorlalte persoane juridice, cu delegație semnată de conducătorul unității. Formularea textului este incertă în ceea ce privește identificarea creditorilor pentru care se prevede procura specială autentică. Credem, prin raportare la partea a doua a textului, că legiuitorul a avut în vedere procura autentică pentru creditorii persoane fizice, în cazul în care aceștia nu se prezintă personal ci prin împuternicit. Caracterul special se referă la deliberare și votarea hotărârilor și trebuie să fie îndeplinit atât în cazul împuternicirii cât și al delegației. Împuternicirea și delegația pot fi date pentru fiecare adunare a creditorilor, sau în general, pentru toate adunările creditorilor care urmează să se țină în procedură.

În condițiile art. 13 alin. (4) este permis și votul prin corespondență, dacă legea nu interzice aceasta în mod expres. Semnătura creditorului în scrisoarea prin care se exprimă votul trebuie să fie legalizată de notar ori certificată și atestată de către un avocat; în cazul în care înscrisul este comunicat în format electronic trebuie să i se încorporeze, atașeze sau asocieze **semnătura electronică** extinsă, bazată pe un certificat calificat valabil. Suportul votului exprimat prin corespondență sau în format electronic poate fi comunicat prin orice mijloace și trebuie înregistrat la administratorul judiciar/lichidator cu cel puțin 5 zile înainte de data fixată pentru exprimarea votului. Legea nu specifică intervenirea vreunei sancțiuni în cazul în care nu se respectă termenul menționat, astfel că trebuie considerat a fi un termen de recomandare.

La adunarea creditorilor pot participa și doi delegați ai salariaților debitorului. Votul exprimat de aceștia este limitat în legătură doar cu creanțele salariale și alte drepturi bănești. Delegației, al cărei conținut trebuie să fie special, trebuie să i se atașeze dovada delegării din partea salariaților.

2.1.2. Ședințele și hotărârile adunării creditorilor

Ședințele adunării creditorilor pot avea loc în mod valabil dacă sunt prezenți titulari ai creanțelor însumând cel puțin 30 % din valoarea totală a creanțelor împotriva averii debitorului existente la acel moment și un număr de membrii ai comitetului creditorilor (dacă acesta există) reprezentând majoritatea simplă a acestora, cu excepția cazului în care legea cere o majorare specială [art. 15 alin. (1)].

Potrivit art. 15 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 calculul valorii totale a creanțelor împotriva averii debitorului se va determina prin raportare la următoarele criterii:

a) ulterior afișării **tabelului preliminar** și până la afișarea tabelului definitiv, valoarea creanțelor verificate și acceptate de administratorul judiciar, astfel cum reiese din cuprinsul tabelului preliminar.

b) ulterior afișării tabelului definitiv și până la confirmarea unui plan de reorganizare, astfel cum reiese din cuprinsul tabelului definitiv.

c) ulterior confirmării planului de reorganizare și până la afișarea **tabelului definitiv consolidat**, astfel cum reiese din planul de reorganizare confirmat.

d) ulterior afișării tabelului definitiv consolidat, astfel cum reiese din cuprinsul acestuia.

Pentru a se asigura o aplicare facilă a prevederilor art. 15 alin. (1) este necesar ca odată cu depunerea la dosar a tabelelor și planului de reorganizare la care se face referire în art. 15 alin. (2), practicianul în insolvență să depună și un tabel cuprinzând datele necesare pentru calculul voturilor în adunarea creditorilor.

Condițiile privind valabilitatea votului în adunarea creditorilor, astfel cum sunt prevăzute în art. 15 sunt de aplicabilitate generală. Legea prevede, însă și cazuri de excepție, la care se referă expres dispozițiile art. 19 alin. (2), art. 60 alin. (2), art. 101.

După deliberări se votează deciziile (hotărârile) adunării creditorilor, care sunt adoptate în mod legal cu votul titularilor unei majorități (simple – jumătate plus unul), prin valoare, a creanțelor prezente [art. 15 alin. (1)]. Prin urmare, practic, în urma coroborării prevederilor art. 15 alin. (1) rezultă că mărimea votului care poate asigura adoptarea deciziilor adunării creditorilor este cel care începe de la un procent imediat superior celui de 15 % din valoarea totală a creanțelor împotriva averii debitorului de la acel moment.

În doctrină s-a exprimat opinia că în cazul creditorilor care nici nu se prezintă în adunarea creditorilor și nici nu își exprimă votul într-un alt mod, tăcerea acestora trebuie interpretată din punct de vedere juridic în sensul unui vot pentru cele înscrise în ordinea de zi. Considerăm întrutotul neavenită o astfel de opinie, în condițiile în care sub aspect juridic dispozițiile art. 15 prevăd în mod clar că deciziile adunării creditorilor sunt adoptate cu votul titularilor unei majorități, prin valoare, a creanțelor prezente. Ipoteza avută în vedere în opinia respectivă prezintă relevanță în cazul altor sisteme de drept, în care de ne reprezentarea în instanță sau la adunarea creditorilor legea leagă achiesarea celui absent la ceea ce se solicită la acel moment.

Adunarea creditorilor trebuie convocată pentru a se decide cu privire la toate aspectele importante din procedură. Obiectul deliberărilor și deciziilor adunării creditorilor rezultă în multe cazuri în mod expres din dispozițiile legii, având caracter obligatoriu în derularea procedurii, dar poate viza orice aspect care implică respectarea drepturilor creditorilor, ori de câte ori este necesar. Pentru ca deciziile să fie luate în mod fundamentat, participanților la adunarea creditorilor trebuie să li se prezinte rapoartele întocmite de către practicianul în insolvență iar comitetul creditorilor să exprime în adunarea creditorilor opinii și recomandări referitor la temele din ordinea de zi.

Deliberările și hotărârile adunării creditorilor se consemnează într-un **proces-verbal**, care se va semna de către președintele ședinței, membrii comitetului creditorilor, administratorul judiciar/lichidator.

Procesul-verbal însoțit de celelalte înscrisuri despre care s-a făcut vorbire anterior trebuie depus la dosarul cauzei prin grija practicianului în insolvență, în cel mult două zile lucrătoare de la data adunării creditorilor.

Potrivit art. 14 alin. (7), hotărârile adunării creditorilor pot fi desființate de către judecătorul sindic, parțial sau în totalitate, numai pentru motive de nelegalitate, care vor fi apreciate în primul rând în raport cu prevederile art. 13-15 din lege. În acest sens judecătorul sindic poate fi sesizat de creditorii care au votat împotriva luării hotărârii respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul verbal al adunării, precum și de către creditorii îndreptățiți să participe la procedura insolvenței care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor. Considerăm că în același sens judecătorul sindic se poate sesiza și din oficiu, în limita unor motive de nelegalitate, fie și numai în exercitarea atribuțiilor de control judecătoresc care îi revin în procedură.

2.2. Comitetul creditorilor

2.2.1. Desemnarea comitetului creditorilor

Comitetul creditorilor, ca organ deliberativ al creditorilor, are în principal rolul de a urmări realizarea interesului concursal al creditorilor, context în care trebuie avută în vedere desemnarea acestuia cât mai repede în cadrul procedurii. Interesul concursal al creditorilor vizează nu numai aspectul recuperării creanțelor în sine dar și faptul că cheltuielile de procedură sunt efectuate, de regulă, din sumele provenind din averea debitorului, la care creditorii sunt îndreptățiți pentru **plata creanțelor** lor, astfel că sunt interesați să urmărească modul în care se fac cheltuielile de procedură. Constituirea comitetului se poate face prin desemnare membrilor de către judecătorul sindic sau prin alegerea acestora în cadrul adunării creditorilor.

Potrivit art. 16 alin. (1), (2) din Legea nr. 85/2006, desemnarea comitetului în procedură de către judecătorul sindic se face prin încheiere, după întocmirea și afișarea **tabelului preliminar** al obligațiilor debitorului și în baza acestuia. În raport cu proporțiile, complexitatea cauzei, judecătorul sindic va constitui un comitet format din 3-7 creditori, dintre cei cu creanțe garantate, bugetare sau chirografare, cele mai mari prin valoare, corelând astfel structura comitetului cu structura pe categorii de creanțe în ordinea priorității a creditorilor din procedură

și urmărind și o cât mai bună reprezentare în comitet a creditorilor chirografari.

În raport cu prevederile art. 16 alin. (3) judecătorul sindic va desemna totodată și președintele comitetului creditorilor, în baza propunerilor creditorilor. Măsura respectivă se dispune pentru și în raport cu necesitățile procedurii, comitetul creditorilor fiind citat în persoana președintelui astfel desemnat, iar în lipsa acestuia prin oricare dintre membrii comitetului. Rezultă, de asemenea, că desemnarea unui președinte al comitetului nu este obligatorie dacă necesitățile procedurii nu o impun.

În mod efectiv, în raport cu succesiunea actelor de procedură, posibilitatea constituirii primului comitet în cadrul procedurii revine, după întocmirea tabelului preliminar de creanțe, judecătorului sindic, pe calea desemnării membrilor de către acesta, în perioada de timp dintre întocmirea tabelului menționat și prima adunare a creditorilor, astfel cum rezultă în raport cu prevederile art. 62 alin. (1) lit e) din Legea nr. 85/2006.

Nu se poate reține însă decât o prioritate cronologică a judecătorului sindic în constituirea comitetului, pentru că în această privință, ultimul cuvânt îl au creditorii. Comitetul desemnat de către judecătorul sindic are un caracter provizoriu, la prima adunare a creditorilor putând fi schimbat.

În acest sens, potrivit art. 16 alin. (4), în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor aceștia vor putea alege un comitet format din 3 sau 5 creditori dintre cei cu creanțe garantate și cei chirografari, dintre primii 20 de creditori în ordinea valorii, care se oferă voluntar; comitetul astfel desemnat va înlocui comitetul desemnat anterior de judecătorul sindic. În baza procesului verbal al adunării creditorilor judecătorul sindic va lua act prin încheiere de compunerea comitetului. În mod similar art. 16 alin. (3) adunarea creditorilor va alege și președintele comitetului creditorilor.

Conform art. 16 alin. (5), dacă nu se va obține majoritatea necesară, se va menține comitetul desemnat anterior de judecătorul sindic (sau se poate reconfirma expres acesta de către adunare). În cazul în care în derularea procedurii apare necesitatea modificării componenței comitetului, la propunerea administratorului judiciar sau a celorlalți membrii ai comitetului creditorilor, judecătorul sindic va consemna, prin încheiere,

această modificare dacă ea corespunde criteriilor prevăzute la alin. (4), care trebuie să fie respectate în toate fazele procedurii în scopul asigurării predictibilității procedurii sub aspectul în discuție. De exemplu, în cazul în care unui membru al comitetului îi este plătită creanța în cadrul procedurii reorganizării judiciare și înțelege să nu mai participe la procedură, acesta va fi înlocuit de următorul creditor în ordinea valorică a creanțelor.

Din economia prevederilor art. 16 din Legea nr. 85/2006 rezultă că legiuitorul a avut în vedere constituirea comitetului mai întâi prin desemnarea de către judecătorul sindic și apoi posibilitatea schimbării sau menținerii componenței acestuia în adunarea creditorilor. În practică, însă, de multe ori judecătorul sindic nu reușește, în condițiile în care nici nu are prea mult timp la dispoziție până la prima adunare a creditorilor să pronunțe încheierea de desemnare a comitetului, situație în care primul comitet ajunge să se constituie în prima adunare a creditorilor, sau nici atunci, din multiple împrejurări care pot interveni. Într-o astfel de situație, neconstituirea prin niciuna dintre căile menționate a comitetului creditorilor nu este sancționabilă din punct de vedere legal, creditorii având dreptul dar și latitudinea de a constitui comitetul. În multe cauze creditorii nu sunt conștienți de ceea ce pierd în exercitarea interesului comun în procedură prin neconstituirea comitetului și chiar realizează tardiv că omițând constituirea comitetului, procedura propriu-zisă ajunge să se închidă în condiții legale, iar ei nu pot să formuleze nici măcar cererea de autorizare cu privire la acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138, a cărei formulare a fost omisă de către practicianul în insolvență, deoarece și această cerere poate fi formulată numai de către comitetul creditorilor. Față de cele arătate, pentru buna funcționare a comitetului va fi esențial să fie aleși în comitet creditori care cunosc cerințele pentru îndeplinirea acestei calități și au disponibilitatea de a participa la activitățile comitetului (existentă cu atât mai mult dacă se autopropon) și în acest sens poate ajuta alegerea celor care dețin majoritatea valorică în grupa lor de prioritate, al căror interes în procedură este semnificativ (au șanse mai mari de a-și realiza creanța sau cel puțin o parte din aceasta).

Judecătorul sindic poate cere, în cursul derulării procedurii, asistența comitetului creditorilor sau a unui delegat din partea acestuia.

Din formularea dispozițiilor art. 16 alin. (3) și (4) ar putea rezulta la o primă vedere că, creanțele bugetare nu sunt reprezentate și în comitetul ales de adunarea creditorilor fără a se putea aprecia de ce, la fel și în sensul că oferta voluntară nu intervine și în cazul comitetului desemnat de judecătorul sindic. În legătură cu primul aspect credem că art. 16 alin. (4) nu exclude creditorii cu creanțe bugetare, acestea putând fi garantate sau chirografare, iar referitor la al doilea aspect, desemnarea membrilor comitetului creditorilor de către judecătorul sindic nu implică în mod obligatoriu consultarea creditorilor de către acesta fie și sub aspectul ofertei voluntare.

Prevederea unui număr de membrii diferit în cazul fiecăreia dintre cele două modalități de constituire a avut în vedere că alegerea unui număr mare de membrii se poate realiza mai greu, în timp ce desemnarea unui astfel de număr nu prezintă de regulă, impedimente.

În unele cauze sau în unele etape dintr-o procedură, pot fi doar unul sau doi creditorii. Într-o astfel de situație atribuțiile prevăzute de lege pentru comitetul creditorilor revin, în mod corespunzător și creditorilor respectivi iar în cazul în care pentru un act de procedură este prevăzut comitetul ca o cerință a legii, trebuie considerat că creditorii respectivi se substituie drepturilor comitetului sau chiar se poate constitui comitetul, evident sub aspect formal.

2.2.2. Atribuțiile comitetului creditorilor

Prin comitetul creditorilor voința membrilor acestuia poate fi exprimată cu privire la aspecte de importanță majoră pentru modul de derulare a procedurii, de ordin economic sau procedural.

Potrivit dispozițiilor art. 17 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 Comitetul are următoarele atribuții:

a) să analizeze situația debitorului și să facă recomandări adunării creditorilor cu privire la continuarea activității debitorului și la planurile de reorganizare propuse.

Creditorii au posibilitatea depunerii unui **plan de reorganizare**, și, în același context, orice plan propus trebuie acceptat de către creditorii, cărora, în raport cu aspectele respective, le este necesar să cunoască date reale în legătură cu activele și starea economică generală a debi-

torului. Informațiile vor fi furnizate creditorilor, îndeosebi de către comitetul creditorilor.

b) Să negocieze cu administratorul judiciar sau cu lichidatorul care dorește să fie desemnat de către creditorii în dosar condițiile numirii și să recomande adunării creditorilor astfel de numiri.

Desemnarea în cauză a practicianului în insolvență de către judecătorul sindic, la deschiderea procedurii, are caracter provizoriu, el urmând să fie confirmat sau înlocuit de către adunarea creditorilor, care, ca și în cazul desemnării comitetului creditorilor, are ultimul cuvânt și sub acest aspect. Comitetul creditorilor pregătește confirmarea sau înlocuirea, putând ca în acest scop să discute cu practicienii în insolvență orice condiție, în primul rând onorariul, cu excepția celor determinate expres prin dispozițiile legale.

c) Să ia cunoștință despre rapoartele întocmite de către practicianul în insolvență, să le analizeze și, dacă este cazul, să facă contestații la acesta.

Creditorii sunt cei mai interesați în ceea ce privește măsurile întreprinse în procedură de practicianul în insolvență și, în cazul în care acestea nu corespund intereselor lor au posibilitatea să le conteste, **calitatea procesuală** în acest sens revenind comitetului creditorilor.

d) Să întocmească rapoarte pe care să le prezinte adunării creditorilor, privind măsurile luate de practicianul în insolvență și efectele acestora și să propună motivat și alte măsuri.

Activitatea comitetului presupune un rol activ din partea membrilor acestuia care trebuie să urmărească activitatea practicianului în insolvență, prezentând-o adunării creditorilor cu propuneri corespunzătoare. Legea nu prevede expres sancțiunea în cazul neîndeplinirii atribuțiilor de către comitet, dar este evident că în cazul nemulțumirilor din partea celorlalți creditorii trebuie să se ajungă la înlocuirea membrilor inactivi.

e) Să solicite în temeiul art. 47 alin. (5) ridicarea dreptului de administrare al debitorului.

În sensul respectiv comitetul creditorilor poate proceda în baza unei hotărâri proprii, nefiindu-i necesară o decizie a adunării creditorilor.

f) Să introducă acțiuni pentru anularea unor **transferuri** cu caracter patrimonial, făcute de debitor în dauna creditorilor, atunci când astfel de acțiuni nu au fost introduse de practicianul în insolvență.

În raport și cu alte ipoteze menționate, comitetul îndeplinește un rol de **reprezentare** a creditorilor în ceea ce privește **legitimarea procesuală** activă pentru formularea unor cereri, contestații, acțiuni vizând realizarea interesului creditorilor în derularea procedurii, fiind avut în vedere în acest scop, spre deosebire de adunarea creditorilor, deoarece un număr mai redus de membrii asigură o eficiență mai mare sub aspectul luării deciziilor și efectuării demersurilor necesare.

Ca o dovadă că în procesul de adoptare a Legii nr. 85/2006 modificările aduse Capitolului IV, de exemplu prin art. 138 alin. (3) au fost făcute într-o fază finală, fără a se corela textele din lege în mod corespunzător, dispozițiile art. 17 alin. (1) nu prevăd o atribuție importantă a comitetului creditorilor, aceea de a putea formula, în subsidiar, acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138 alin. (1), sub cerința prealabilă a autorizării. În acest context este necesar să considerăm că art. 17 alin. (1) enumeră în mod exemplificativ iar nu limitativ atribuții ale comitetului creditorilor.

2.2.3. Ședințele și hotărârile comitetului creditorilor

În ceea ce privește funcționarea comitetului creditorilor, potrivit art. 17 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, acesta trebuie să se întrunească cel puțin lunar, de regulă, dar și ori de câte ori este necesar dacă practicianul în insolvență sau cel puțin doi dintre membrii săi solicită. Criteriul lunar se corelează cu raportul de activitate lunar al practicianului în insolvență (pe care comitetul trebuie să îl discute și în termen util să aprecieze asupra acțiunilor practicianului în insolvență și, dacă este cazul, să le conteste) și cu termenele de judecată lunare, de regulă, stabilite de judecătorul sindic în cauză. Deliberările comitetului vor avea loc în prezența practicianului în insolvență, deci participarea acestuia este practic obligatorie, fără a avea și drept de vot și se vor consemna în rezumat împreună cu hotărârea luată într-un **proces-verbal**. Cum dintre participanții la comitet doar practicianul în insolvență este unul dintre organele care aplică procedura, acestuia îi revine responsabilitatea depunerii la dosarul cauzei, în instanță, a procesului-verbal, care va fi semnat de toți creditorii prezenți și ar trebui – deși legea nu prevede expres – remis celor absenți.

Hotărârile comitetului se adoptă cu majoritatea simplă a voturilor creditorilor prezenți. Legiuitorul a prevăzut majoritatea numerică iar nu cea valorică, așa cum este cazul în adunarea creditorilor, pentru a se asigura eficiența activității comitetului și, totodată, a se asigura caracterul concursual al procedurii și în acest context. În cazul în care la ședința comitetului nu se prezintă, nu își exprimă votul majoritatea simplă (numerică) dintre membrii comitetului, ședința comitetului nu se justifică a mai avea loc, deoarece în condițiile respective nu se vor putea adopta decizii cu un cvorum legal. Decizia finală aparține, desigur, adunării creditorilor dar va fi influențată de argumentația comitetului.

Împotriva hotărârilor (deciziilor), dar și a măsurilor sau acțiunilor comitetului, orice creditor nemulțumit poate sesiza mai întâi comitetul iar dacă soluția dată sesizării de acesta nu răspunde intereselor creditorului, acesta poate formula **contestație** la adunarea creditorilor; hotărârea acesteia din urmă poate fi desființată potrivit art. 14 alin. (7), astfel cum s-a arătat, doar pentru motive de nelegalitate, de către judecătorul sindic.

Potrivit art. 17 alin. (2) pct. 5 din Legea nr. 85/2006, în cazul în care un membru al comitetului se află, datorită interesului propriu, în **conflict de interese** cu interesul concursual al creditorilor participanți la procedură, acesta se va abține de la vot. Pot fi într-o astfel de situație, de exemplu, **creditorii garantați**, în cazul în care se discută rapoarte de evaluare ale unor active ale debitorului care constituie obiectul garanției, în vederea vânzării; deoarece sunt interesați în principiu de realizarea creanței lor în termen cât mai scurt vor fi de acord și vor vota și o valoare mică a activului, suficientă pentru acoperirea creanței lor, neinteresându-i că printr-o valoare mai mare s-ar putea obține un preț mai mare, din care să fie plătite în procedură, în completare și creanțe chirografare.

Dispozițiile în acest sens pot fi apreciate, aparent, a fi în măsură să aducă atingere creditorilor garantați sub aspectul beneficiului garanției dar, în același timp, trebuie avut în vedere că se justifică, în primul rând în baza **principiului maximizării averii debitorului**, la a cărui aplicare au dreptul în egală măsură creditorii garantați și chirografari.

În doctrină s-a apreciat că, deși legea nu prevede expres o astfel de soluție, totuși, având în vedere soluții date în situații similare – cum ar fi cazul administratorului care se află în conflict de interese cu societatea pe care o administrează – dacă membrii comitetului care se află în conflict de interese nu se abțin de la vot, vor răspunde pentru prejudiciile produse dacă fără votul lor decizia nu s-ar fi luat.

Contrar acestei opinii, credem că dispoziția legală în discuție nu trebuie interpretată *ad literam* și nici în mod tranșant în sensul răspunderii în general pentru prejudicii sau, cel puțin, nu pentru un **prejudiciu** material. În acest sens, nu trebuie apreciat că legiuitorul a pornit îndeosebi de la premisa că creditorul vizat și-ar recunoaște conflictul de interese și în consecință s-ar abține; această premisă este posibilă dar mai puțin probabilă, fiecare creditor apreciindu-și legitimitatea propriului interes. Practic, intervenirea conflictului de interese privind un membru al comitetului trebuie invocată și stabilită prin vot de către majoritatea simplă a celorlalți membrii înainte de trecerea la vot referitor la o anumită decizie sau prin contestația oricărui creditor după votarea deciziei cu ignorarea eventualului conflict de interese și în funcție de acestea se neagă dreptul la vot al creditorului respectiv. Acesta este și sensul abținerii de la vot: creditorul nu mai votează, are obligația să se abțină, îi este oprită votarea. În prima ipoteză, nu mai are importanță intenția de vot a creditorului respectiv, ci potrivit dispoziției legale în discuție, intervine în mod automat și obligatoriu, situația de **abținere** a creditorului, fără ca acesta să-și mai exprime votul în vreun sens sau altul. Nepunându-se problema vreunui vot, nu se justifică nicio eventuală răspundere. În a doua ipoteză, în care nu se invocă inițial conflictul de interese, se ia decizia și cu votul creditorului aflat în conflict de interese, iar decizia se contestă de un alt creditor, problema se pune chiar ulterior exprimării votului pretins a fi viciat de conflictul de interese, în raport cu contestația iar nu cu intenția de vot a creditorului.

Orice creditor nemulțumit poate face contestație la decizia comitetului în adunarea creditorilor, iar la hotărârea acesteia, la judecătorul sindic pentru motive de nelegalitate. Scopul și, deci, limita obiectului contestației trebuie să fie restabilirea ordinii concursuale a derulării

procedurii, a ordinii de promovare a intereselor concursuale, iar nu răspunderea pentru prejudicii.

Multe dintre deciziile comitetului constituie doar recomandări pentru adunarea creditorilor, aceasta luând de fapt decizia care ar fi în măsură să producă un prejudiciu material (practic comitetul are scopul de a constitui o reflectare cu un număr mai mic de creditori a adunării tuturor creditorilor din procedură), iar cele care ar fi în măsură să ducă în mod direct la prejudiciu (acțiunea în anularea unor transferuri frauduloase, acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138, etc.), sunt de fapt în interesul tuturor creditorilor.

O eventuală acțiune în repararea unui prejudiciu nu este reglementată nici expres nici implicit ca element intern al procedurii și, dat fiind strânsa corelație cu procedura insolvenței, nu poate fi nici exterioară procedurii.

În conflictul de interese avut în vedere de către textul de lege, fiecare interes este legitim iar nu fraudulos și cum în același timp ele se exclud reciproc, se pune doar problema ierarhizării legitimității lor în raport cu principiile și reglementarea legală în materia insolvenței. Acesta poate fi scopul creditorilor contestatari, adică revenirea în limitele exercitării concursuale legale, iar nu obținerea reparării unui prejudiciu. Interesul participării creditorilor în procedură este realizarea creanțelor lor împotriva debitorului, ceea ce trebuie să se efectueze potrivit regulilor concursuale. Ei nu pot obține o creanță mai mare în acest context și nici o nouă creanță pe altă bază decât cea prevăzută legal, deoarece ar însemna să se ajungă în procedură la plata creanțelor creditorilor de către creditori; or, scopul procedurii este plata pasivului debitorului iar nu al unor creditori, din averea debitorului iar nu a creditorilor.

Nu se poate ajunge de la un vot justificat legal și la producerea unui prejudiciu și la sancțiunea unei acțiuni în reparația acestuia ci doar la reaplicarea regulilor concursuale.

În exemplul avut în vedere în opinia contrară, ipoteza nu este similară ci distinctă și e aplicabil **dreptul comun** fără ca legea specială să permită compatibilitatea în materia insolvenței.

Constituie în mod real o problemă faptul că în legătură cu reglementarea prevăzută de art. 17 alin. (2) pct. 6, având caracter de noutate în legea insolvenței, legiuitorul a omis reglementarea termenelor în care

se poate contesta decizia comitetului, momentul comunicării sau luării la cunoștință despre decizii către membrii lipsă, deși aceste aspecte erau necesare, sub aspect practic. Cum o dispoziție legală chiar bine intenționată dacă este insuficient redactată complică inutil în loc să fie benefică, *de lege ferenda* trebuie aduse reglementării în discuție completările și precizările de rigoare.

Secțiunea a 5-a. Practicianul în insolvență. Administratorul judiciar. Lichidatorul

În funcție de specificul obiectului etapelor din procedura insolvenței în care intervin, și a atribuțiilor pe care trebuie să le îndeplinească, sunt practicieni în insolvență administratorul judiciar și lichidatorul.

§1. Aspecte de principiu

Administratorul judiciar și lichidatorul joacă un rol central în implementarea efectivă a reglementării insolvenței. Deși rolurile lor diferă substanțial, în ceea ce îi privește intervine similaritatea sub următorul aspect: fiind desemnați oficial de instanță ei trebuie să asigure aplicarea legii efectiv și imparțial. De asemenea, ei dețin în mod firesc cele mai multe informații referitoare la situația debitorului, astfel că sunt în poziția cea mai bună pentru a lua decizii bine fundamentate. Aceasta nu înseamnă că ei ar fi un substitut pentru instanță: procesul reclamă ca o dispută între lichidator și o parte interesată să fie judecată printr-o hotărâre de către o instanță competentă.

1.1. Calificarea/competența profesională

Ceea ce face ca administratorul judiciar, respectiv lichidatorul să aibă calificări/competențe profesionale diferite, este faptul că rolurile lor în procedură apar ca fiind diferite: un lichidator conduce, colectează/lichidează averea debitorului și distribuie sumele rezultate, ceea ce

poate reclama o calificare în contabilitate, îndeosebi, în timp ce un administrator judiciar supraveghează activitatea debitorului, operațiunile afacerii, face recomandări referitoare la viabilitatea afacerilor sau chiar întocmește și propune planul, ceea ce poate reclama o calificare de manager sau om de afaceri. În fapt, în orice caz, calificarea este esențial aceiași: cunoștințe de drept, imparțialitate, experiență corespunzătoare în materia comercială și financiară. Dacă cunoștințele speciale sunt necesare în conducerea unei afaceri specifice, particulare administratorul poate angaja experți. Pentru a asigura **expertiza** și integritatea se poate stabili calificarea profesională la baza unui sistem propriu de avizare în profesia respectivă.

1.2. Desemnarea în procedura insolvenței

Administratorul și lichidatorul trebuie să fie desemnați de către instanță, fiind recomandat ca desemnarea să se facă de pe o listă a celor care s-au oferit, listă care poate fi întocmită chiar de asociația profesională a acestora, dacă există. Desemnarea este exclusă atunci când sunt indicii de **conflict de interese** apărut din relații preexistente, cu debitorul, creditorii sau un membru al instanței.

În ceea ce privește înlocuirea practicianului în procedură, dispozițiile legale trebuie să permită schimbarea administratorului sau lichidatorului, pe baza unei decizii luate de majoritatea **creditorilor chirografari** sau de către instanță – din oficiu, sau la cererea unei părți interesate. În ultimul caz, decizia instanței se poate baza pe considerentul că lichidatorul, administratorul și-a încălcat obligațiile legale. Dimpotrivă, schimbarea de către creditori poate să nu reclame vreo justificare, dar prin dispozițiile legale se poate specifica faptul că o schimbare nemotivată poate fi făcută doar într-un interval de timp limitat de la deschiderea procedurii.

1.3. Retribuția

Pot fi folosite o varietate de modalități la calcularea **onorariului**, de exemplu pe bază orară sau procentuală din distribuțiile către creditorii

chirografari (în lichidare) sau din averea debitorului (în reorganizare). Oricare modalitate este folosită, este important ca ea să fie transparentă și creditorii să fie conștienți de metoda de calcul de la începutul procedurii. Trebuie, în principiu, ocolită lăsarea stabilirii onorariului la exclusivă discreție a instanței.

1.4. Răspundere pentru modul de exercitare a atribuțiilor

Din moment ce este desemnat de instanței, lichidatorul sau administratorul judiciar au o răspundere față de toate părțile implicate/interesate în procedură și oricare dintre acestea poate să îi facă răspunzători personal pentru încălcarea obligațiilor. Criteriul standard avut în vedere pentru reținerea răspunderii este, în general, neglijența dar nu trebuie să se rezume strict la aceasta, ci să ia în considerare și dificultatea împrejurărilor în care s-a aflat lichidatorul sau administratorul judiciar la momentul îndeplinirii atribuțiilor. Un criteriu de factură mai rigidă ar putea face mai dificilă atragerea calificării profesionale. Trebuie precizat că posibilitatea intervenirii răspunderii unui administrator judiciar sau lichidator poate fi efectiv redusă prin obținerea anticipată a aprobării creditorilor referitor la fiecare decizie importantă luată în procedură (de exemplu, continuarea afacerii în timpul lichidării).

În Legea nr. 85/2006 sunt prevăzute atribuții sporite pentru administratorul judiciar și lichidator, nu numai sub aspectul numărului ci și al complexității obiectului lor.

Astfel, unele rapoarte ale practicienilor sunt hotărâtoare pentru direcționarea procedurii, practicienii au dobândit **legitimare procesuală** activă pentru câteva dintre acțiunile specifice procedurii, efectuează lichidarea bunurilor în nume propriu, etc. De asemenea, legea specială în materia insolvenței precizează în mod limitativ atribuțiile judecătorului sindic, la acelea privind controlul și jurisdicția, în timp ce manageriatul în procedura de fapt revine practicianului în insolvență, supus controlului creditorilor sub aspectul oportunității, etc.

Cu toate acestea, practicienii în insolvență rămân tot interpuși ai instanței, procedura continuând să fie, în esență, una judiciară, constituind obiectul unei cauze aflată pe rolul instanței iar nu al practicianului, cu consecința derulării ei în instanță la termene succesive și

obligația depunerii de către practician a tuturor actelor care îi reflectă exercitarea atribuțiilor, activitatea desfășurată în dosarul cauzei.

§2. Administratorul judiciar

2.1. Definiția

Inițial dispozițiile art. 3 pct. 27 din Legea nr. 85/2006 au prevăzut că **administratorul judiciar** este persoana fizică sau juridică, practician în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute de art. 20 în perioada de observație și pe durata perioadei de reorganizare.

Potrivit art. 2 din O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență, modificat prin Legea nr. 254/2007 pentru aprobarea actului normativ menționat, administratorul judiciar este practicianul în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să exercite atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de instanța judecătorească, în procedura insolvenței, în perioada de observație și pe durata perioadei de reorganizare.

În conformitate cu prevederile art. 77 alin. (1) din O.U.G. nr. 86/2006 orice dispoziție contrară acestuia se abrogă.

2.2. Desemnarea în cauză

2.2.1. Criterii/condiții

Dispozițiile Legii nr. 85/2006 prevăd posibilitatea desemnării administratorului judiciar într-o cauză în primul rând în raport cu propriile oferte depuse la dosar în acest sens de către practicienii în insolvență, sau, în lipsa oricărei astfel de oferte, ținându-se cont de cererile sub acest aspect ale creditorilor sau debitorului, dacă **cererea introductivă** aparține acestuia sau prin alegerea în mod aleatoriu de pe tabloul Uniunii Naționale a Practicienilor în Insolvență din România.

Deși în aplicarea reglementării prevăzute de Legea nr. 64/1995, în condițiile unor dispoziții similare, au fost și proceduri în care în raport

cu criteriul complexității au fost desemnați doi lichidatori, considerăm că dispozițiile Legii nr. 85/2006 permit calificarea unui singur practician pentru desemnarea fie și într-o cauză complexă, astfel că, oricât de complicată ar fi o procedură, în cadrul acesteia nu se va desemna decât un singur practician în insolvență, după regula „o singură administrare, o singură răspundere”.

Legea nu prevede expres, dar depunerea ofertelor se poate face începând cu constituirea dosarului la tribunal în baza cererii introductive, până la termenul de judecată la care se dispune deschiderea procedurii, dar și până la momentul ținerii primei adunări a creditorilor.

Administratorul judiciar trebuie să probeze, în raport cu momentul desemnării, că îndeplinește criteriile de compatibilitate legale, abilitatea și experiența profesională, resursele de personal și disponibilitatea necesare pentru a fi managerul procedurii în cauză.

În acest scop, potrivit art. 19 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, practicienii în insolvență interesați de preluarea poziției de administrator judiciar pot atașa la oferta lor dovada calității de practician în insolvență, copia poliței de asigurare profesională, lista cauzelor în care a mai îndeplinit calitatea vizată, indicând personalul – cu pregătirea generală și specifică a acestuia precum și timpul pe care îl poate afecta cauzei, onorariul pe care îl solicită.

Administratorul judiciar desemnat trebuie să aibă în primul rând calitatea de practician în insolvență, potrivit legii. Reglementarea profesiei de practician în insolvență constituie obiectul O.U.G nr. 86/2006, astfel cum a fost modificată și aprobată prin Legea nr. 254/2007, în care, potrivit art. 4 se prevede că practicienii în insolvență își exercită profesia în cabinete individuale, cabinete asociate și societăți civile profesionale (cu răspundere limitată) și, de asemenea, la acestea din urmă pot fi colaboratori sau angajați. Condițiile prevăzute de art. 25, pentru dobândirea calității de practician în insolvență, de art. 26, pentru exercitarea profesiei de către persoanele fizice sau juridice străine, de art. 27, referitor la **nedemnitatea** de a fi practician în insolvență, sunt verificate în cadrul formelor de organizare ale practicienilor în insolvență, constituind condiții pentru dobândirea și menținerea calității de practician în insolvență, iar dovada calității în sensul respectiv emisă de acestea și atașată ofertei depusă la dosar nu mai implică, în principiu

verificări și în cauza în care este desemnat, ceea ce nu înseamnă însă că neîndeplinirea lor nu poate fi constatată și în acest context.

De asemenea, O.U.G. nr. 86/2006 modificată și aprobată prin Legea nr. 254/2007 mai prevede prin art. 28 unele **incompatibilități** privind exercitarea profesiei, prin art. 29 interdicții privind exercitarea profesiei la unele instanțe, iar prin art. 30 interdicția deținerii calității de practician în insolvență cu privire la o persoană care, într-o perioadă de doi ani anterioară a îndeplinit anumite profesii, funcții de conducere sau ar ajunge să dețină în același timp calitatea de practician în insolvență atât la debitor cât și la creditor.

În cazul incompatibilităților prevăzute de art. 28, acestea vizează eventuala nemenținere a calității de practician în insolvență și, în consecință, ar trebui să implice verificări doar la nivelul formelor de organizare ale practicienilor în insolvență cu consecința menținerii sau nu în tabloul practicienilor în insolvență.

Cu privire la interdicțiile care atrag incompatibilitatea referitor la exercitarea profesiei astfel cum sunt prevăzute de art. 29, acestea sunt inspirate în mare parte din Legea nr. 51/1995 privind organizarea profesiei de avocat. Potrivit art. 29 alin. (3) din O.U.G. nr. 86/2006 practicienii în insolvență sunt obligați să comunice UNPIR instanțele la care nu își pot exercita profesia din motive de incompatibilitate, sub sancțiunea suspendării; aceasta înseamnă că practicianul în insolvență trebuie să dea curs personal incompatibilităților, în sensul nedepunerii ofertelor în cauzele în care intervin interdicțiile legale și, de asemenea, incompatibilitățile trebuie menționate în **tabloul practicienilor în insolvență** întocmit de UNPIR, care trebuie remis și instanțelor implicate în procedura insolvenței. Prevederea respectivă intervine în formularea dispozițiilor art. 29 mai înainte de prevederile alin. (4) și (5), ceea ce ar putea atrage susținerea – desigur, în mod neîntemeiat – în sensul că nu este aplicabilă și în cazul acestora din urmă. Cele care pot ridica într-adevăr probleme sub aspectul justificării lor reale sunt, însă, dispozițiile art. 29 alin. (2), (3) și (4). În cazul art. 29 alin. (2) și (3) interdicția se justifică prin posibilitatea de a se influența de către judecătorul soț, rudă, afin soluțiile celorlalți judecători la completul cărora ar ajunge altfel să-și exercite profesia practicianul în insolvență, iar acești judecători ar accepta influențarea. (Raportarea direct la judecătorul soț, rudă

sau afin nu este de reținut pentru că acesta are obligația de **abținere** sau poate fi **recuzat** potrivit prevederilor Codului de procedură civilă). Din formularea textului nu rezultă însă cu certitudine dacă posibilitatea menționată trebuie dovedită de cel abilitat pentru a aplica sancțiunea suspendării sau este considerată de legiuitor o adevărată prezumție, eventual legală, care ar schimba sarcina probei. Fără a nega necesitatea adoptării unor măsuri de prevenire a **infracțiunilor** de corupție în justiție, considerăm că cele de natura dispozițiilor art. 29 alin. (2), (3) sunt disproportionale și exacerbate în mod nejustificat. Această deoarece în ultima ipoteză textul de lege este în măsură să aducă atingere dreptului la imagine al judecătorilor și dreptului de a profesa al practicianului în insolvență. La fel, în cazul art. 29 alin. (4), în raport cu care, prin ipoteza dată, justificarea dispozițiilor are în vedere faptul că rudele practicianului, foste (nu și actuale) deținătoare ale calității de judecător sindic, ar putea influența soluțiile actualilor judecători sindici. Într-un act normativ vizând organizarea profesiei de practician în insolvență dispozițiile de prevenire a infracțiunilor de corupție ar trebui să vizeze în primul rând și în mod substanțial aspecte intrinseci iar nu extrinseci ale exercitării profesiei respective.

În cazul tuturor incompatibilităților/interdicțiilor prevăzute de art. 28, 29, 30, la depunerea ofertei și în vederea desemnării într-o cauză practicianul în insolvență ar trebui să dea o declarație în sensul că acestea nu intervin în ceea ce îl privește (în caz afirmativ oferta nu va fi luată în considerare).

Potrivit art. 31 din același act normativ, practicianul este obligat să se abțină dacă se află în stare de **conflict de interese**, astfel cum acestea sunt definite în Statut și în Codul de etică profesională, sau într-unul dintre cazurile prevăzute de la art. 27 din C. proc. civ., cu excepția celui prevăzut la art. 27 pct. 7 – deoarece în derularea procedurii practicianul își exprimă în repetate rânduri părerea în legătură cu cauza, dar aceasta în contextul îndeplinirii atribuțiilor legale, unele având chiar caracter obligatoriu. În lipsa abținerii, împotriva practicianului poate fi formulată cerere de recuzare, prin aplicarea în mod corespunzător a prevederilor Codului de procedură civilă (art. 204, art. 25 și urm.) în măsura în care sunt compatibile cu dispozițiile Legii nr. 85/2006. În situația admiterii cererii de recuzare de către judecătorul sindic, pentru

desemnarea unui nou administrator judiciar trebuie să se reia procedura prevăzută de art. 19 alin. (2) sub acest aspect, având în vedere că desemnarea provizorie a administratorului judiciar se limitează la deschiderea procedurii.

În contextul celor arătate referitor la incompatibilități și la obligația de abținere trebuie menționat că prin art. 77 alin. (1) din O.U.G. nr. 86/2006 s-au abrogat expres prevederile art. 19 alin. (6) și (7) din Legea nr. 85/2006, care priveau aspectele respective.

*

O altă condiție prealabilă care trebuie îndeplinită, în vederea desemnării, de către practicianul în insolvență este dovada asigurării pentru **răspundere profesională**. Potrivit art. 41 alin. (2) și (3) din O.U.G. nr. 86/2006 și, în același sens, art. 19 alin. (8) și (9) din Legea nr. 85/2006 fiecare membru al UNPIR este obligat ca în 30 de zile de la admiterea în cadrul acestei organizații profesionale să se asigure profesional prin subscrierea unei polițe de asigurare care să acopere eventualele **prejudicii** cauzate în îndeplinirea atribuțiilor sale, riscul asigurat trebuind să reprezinte consecința activității practicianului în insolvență pe perioada exercitării calității sale. Este interzis practicianului să diminueze în mod direct sau indirect valoarea sumei asigurate prin contractul de asigurare, sub sancțiunea revocării din funcție și a reparării eventualelor prejudicii cauzate. Sancțiunea revocării din funcția de practician în insolvență se aplică în cadrul formei de organizare profesională, iar nu de către judecătorul sindic (cum s-a mai susținut în doctrină), care, în cadrul unei proceduri, poate dispune numai înlocuirea practicianului desemnat în acea cauză pentru diminuarea valorii sumei asigurate.

Polița de asigurare nu se încheie în raport cu o cauză ci pentru o anumită perioadă de timp.

2.2.2. Desemnarea de către judecătorul sindic.

Anterior, în cadrul analizei atribuției prevăzute de art. 11 alin. (1) lit. c) din Legea nr. 85/2006 s-a făcut vorbire despre desemnarea practicianului în insolvență (administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul) prin hotărârea de deschidere a procedurii insolvenței, de către judecătorul sindic.

Trebuie reținut că desemnarea în cauză a administratorului judiciar de către judecătorul sindic nu este posibilă doar în acea ipoteză ci poate interveni practic și în alte cazuri, cum ar fi cele prevăzute de art. 19 alin. (4), art. 22 alin. (2), etc. în contextul procedural respectiv.

2.2.3. Desemnarea de către adunarea creditorilor

Potrivit art. 19 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, la recomandarea comitetului creditorilor, în cadrul primei ședințe a adunării creditorilor sau ulterior, creditorii care dețin cel puțin 50% din valoarea totală a creanțelor pot decide desemnarea unui administrator judiciar/lichidator, stabilindu-i și retribuția, care, în cazul în care se va achita din fondul constituit conform prevederilor art. 4, va fi stabilită de judecătorul sindic pe baza criteriilor prevăzute prin legea privind profesia de practician în insolvență. Creditorii pot decide să confirme administratorul judiciar sau lichidatorul desemnat provizoriu de către judecătorul sindic, în mod expres sau tacit.

Prin urmare, creditorii sunt aceia cărora le revine decizia finală în ceea ce privește desemnarea în procedură a practicianului în insolvență. În scopul respectiv, creditorii vor avea în vedere recomandarea comitetului creditorilor, care în prealabil trebuie să negocieze cu practicianul în insolvență, asupra atribuțiilor ce vor fi îndeplinite de acesta, referitor la numărul și calificarea personalului afectat procedurii, la modalitățile de apreciere a activității acestora, estimarea cheltuielilor de procedură, inclusiv onorariul cerut de către practician. Adunarea creditorilor va avea în vedere la luarea deciziei stabilirea unui echilibru la nivel estimativ între complexitatea anticipată a procedurii, gradul de recuperare a creanțelor din averea debitorului, nivelul onorariului practicianului în insolvență.

Creditorii pot contesta la judecătorul sindic, pe motive de nelegalitate decizia de desemnare luată de adunarea creditorilor, în termen de 3 zile, calculat de la data adunării creditorilor, indiferent de alte criterii. În raport cu prevederile art. 14 alin. (7) s-a exprimat opinia că o astfel de contestație ar putea fi formulată doar de către creditorii care au votat în adunarea creditorilor împotriva luării deciziei respective și au făcut să se consemneze aceasta în procesul verbal al adunării, precum

și de către creditorii care au lipsit motivat de la ședința adunării creditorilor. Nu subscriem acestei opinii deoarece prevederile art. 19 alin. (3) nu pot fi subordonate celor din art. 14 alin. (7), ipotezele de reglementare vizate fiind distincte. Astfel, art. 19 alin. (3) se referă la contestare a unei decizii de desemnare iar nu la desființarea unei hotărâri a adunării creditorilor și chiar dacă s-ar ajunge la concluzia că acestea, totuși, s-ar confunda, formularea art. 19 alin. (3) distinge în mod expres cu privire la toți creditorii, ceea ce înseamnă că este vorba de o ipoteză de excepție. În principiu, dreptul creditorilor de a avea ultimul cuvânt în ceea ce privește desemnarea administratorului judiciar trebuie recunoscut chiar și dacă inițial au votat pentru desemnarea decisă, contestată ulterior, cu atât mai mult cu cât contestarea privește motive de nelegalitate. Judecătorul sindic va soluționa deodată toate contestațiile, de urgență, printr-o încheiere prin care va desemna administratorul judiciar/lichidatorul propus de către creditorii sau, după caz, va solicita adunării creditorilor desemnarea unui alt administrator judiciar/lichidator, în funcție de măsura în care decizia contestată respectă sau încalcă dispozițiilor legale. În cazul în care în termenul de 3 zile nu este formulată nicio contestație împotriva deciziei adunării creditorilor, judecătorul sindic va desemna prin încheiere administratorul judiciar propus de adunarea creditorilor, dispunând totodată încetarea atribuțiilor administratorului judiciar pe care l-a desemnat provizoriu prin hotărârea de deschidere a procedurii [art. 19 alin. (2)-(4)]. Prin urmare și în cazul în care decizia desemnării practicianului în insolvență aparține creditorilor, actul oficial de desemnare a acestuia în procedură este tot hotărârea judecătorului sindic. Chiar dacă desemnarea se face de către adunarea creditorilor, administratorul judiciar va acționa ca interpus (agent) al instanței iar nu ca mandatar al creditorilor. Administratorul judiciar înlocuit va avea dreptul la o retribuție corespunzătoare atribuțiilor îndeplinite.

*

Ulterior intrării în vigoare a Legii nr. 85/2006, prin Ordinul nr. 1186/2006 al ministrului finanțelor, privind deschiderea procedurii de reorganizare judiciară și faliment de către organele fiscale competente și propunerile de numire a lichidatorilor, s-a oferit **administrațiilor fiscale** având calitatea de creditorii în procedură, posibilitatea influențării desemnării

practicianului și a stabilirii onorariului acestuia, deși prevederile acestui ordin. contraveneau legii speciale în materia insolvenței. În consecință, în scurt timp ordinul respectiv a fost abrogat prin Ordinul nr. 797/2007 al ministrului economiei și finanțelor.

*

Indiferent de contextul în care a fost desemnat, dacă practicianul în insolvență refuză numirea, acesta are obligația, potrivit art. 22 alin. (1), de a notifica instanța despre refuz, în termen de 5 zile de la comunicarea hotărârii de desemnare. Urmare a refuzului trebuie reluată procedura de desemnare în cauză a practicianului în insolvență de către adunarea creditorilor, conform art. 19. În mod implicit legea consacră dreptul practicienilor în insolvență de a refuza desemnarea lor în orice cauză, fără a fi ținuti să motiveze refuzul, ceea ce poate conduce, cel puțin teoretic, la blocarea derulării oricărei proceduri în cazul în care toți practicienii și-ar exprima refuzul. Legiuitorul a prevăzut doar sancționarea cu **amendă judiciară** în cuantum de 500-1000 lei a necomunicării în termen a refuzului de către practicianul în insolvență, dar acesta va fi absolvit de amendă în cazul în care motivează temeinic depășirea termenului de comunicare a refuzului. Aparent, din cuprinsul dispozițiilor art. 22 alin. (1) ar putea rezulta că sancțiunea amenzii judiciare este aplicabilă pentru necomunicarea în termen a refuzului și lipsa motivelor acestuia, ceea ce ar fi, însă, rezultatul unei interpretări eronate. În cazul în care practicianul își justifică, totuși, refuzul, pot fi apreciate drept motive temeinice în acest sens exercitarea calității de practician într-un număr ridicat de cauze, nefinalizarea unei înțelegeri cu comitetul creditorilor, invocarea unor incompatibilități, etc.

2.3. Principalele atribuții ale administratorului judiciar

Potrivit art. 20 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, principalele atribuții ale administratorului judiciar în cadrul procedurii insolvenței sunt următoarele:

*

Art. 20 alin. (1) lit. a) – examinarea activității economice a debitorului și a documentelor depuse conform art. 28 și 35 și întocmirea unui raport prin care să propună fie intrarea în procedura simplificată, fie

continuarea perioadei de observație în cadrul procedurii generale și supunerea acestui raport judecătorului sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 30 de zile de la desemnarea administratorului judiciar.

Acest raport precum și acela prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b) sunt esențiale pentru continuarea ulterioară a procedurii și trebuie comunicate și comitetului creditorilor, pe care administratorul judiciar îl va convoca în vederea discutării lor și pregătirii adunării creditorilor.

Prin acest prim raport se relevă în procedură măsura în care, în contextul cerinței derulării cu celeritate a acesteia, situația economică în care se află debitorul justifică trecerea imediată din procedura generală la procedura simplificată sau continuarea analizării debitorului pentru o eventuală reorganizare. Raportul trebuie să fie rezultatul analizei documentelor depuse potrivit art. 28 și 35, dacă au fost depuse, coroborat cu prevederile art. 1 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

*

Art. 20 alin. (1) lit. b) – examinarea activității debitorului și întocmirea unui raport amănunțit asupra cauzelor și împrejurărilor care au dus la apariția stării de insolvență, cu menționarea persoanelor cărora le-ar fi imputabilă, și asupra existenței premiselor angajării răspunderii acestora, în condițiile art. 138, precum și asupra posibilității reale de reorganizare efectivă a activității debitorului ori a motivelor care nu permit reorganizarea și supunerea acestui raport judecătorului sindic, într-un termen stabilit de acesta, dar care nu va putea depăși 60 de zile de la desemnarea administratorului judiciar.

Raportul în discuție cuprinde opiniile practicianului în insolvență în legătură cu elementele prevăzute în cuprinsul lui și trebuie să îi fie atașate dovezile în susținerea acestor opinii. Constituie în primul rând principala dar nu singura premisă pentru formularea acțiunii în temeiul art. 138, față de care nu are valoare probatorie în sine, acest rol avându-l dovezile menționate anterior. În lucrarea „Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere” am arătat considerentele pentru care nu se poate reține valoarea probatorie a raportului în acest context.

De asemenea, raportul constituie o premisă și pentru direcționarea procedurii fie în sensul reorganizării fie al falimentului, cu mențiunea că

decizia într-un sens sau altul aparține - în procedură - creditorilor, așa cum este și firesc.

În cuprinsul raportului se vor avea în vedere următoarele aspecte:

- indicarea datelor privind desemnarea administratorului judiciar în cauză, etapa din procedură derulată în speță.

- obiectul de activitate al debitorului, istoricul acestuia, date privind capitalul social.

- starea patrimonială a debitorului, analiza sub acest aspect făcându-se în baza bilanțului și altor raportări contabile.

- analiza unor indicatori pe perioada ultimilor 3 ani anteriori deschiderii procedurii: indicatorii bilanțieri, contul de profit și pierderi, indicatorii financiari, în raport cu care poate rezulta măsura în care debitorul și-a susținut activitatea din surse proprii sau prin credite. În funcție de analiza evoluției activului și pasivului debitorului se poate stabili dacă există sau nu premisele încadrării unor fapte potrivit art. 138 alin. (1) lit. e). Analiza creditelor angajate și a măsurii în care s-au respectat destinațiile acestora poate indica aplicarea prevederilor art. 138 alin. (1) lit. a). Dacă din analiza contractelor debitorului, îndeosebi acelea încheiate cu diverși furnizori, rezultă că ofertele pieții erau mai mici se pot reține premisele aplicării prevederilor art. 138 alin. (1) lit. b), dar și depista cauzele blocajului financiar. În cazul în care rezultă greșita încheiere a contractelor în ceea ce privește siguranța recuperării creanțelor proprii de către debitor, se poate avea în vedere o eventuală răspundere în baza art. 128 alin. (1) lit. c).

Întocmirea greșită a facturilor, chitanțelor poate indica încadrarea unor fapte potrivit art. 138 alin. (1) lit. d).

Astfel se poate stabili măsura în care activitatea de conducere a fost defectuoasă și dacă există persoane care au contribuit prin faptele lor la apariția stării de insolvență a debitorului.

- activitatea comercială derulată: activitatea de conducere, vânzări, contracte, etc.

- litigiile în care este implicat debitorul, fie în calitate de reclamant fie de pârât;

- personalul de execuție și de conducere;

- raportul dintre obligații, gradul de îndatorare și sursele de venituri;

Coroborând rezultatele analizei sub aspectele menționate se poate reține că există posibilitatea redresării activității debitorului, dacă sunt

indicii că se poate elabora un plan de reorganizare, dacă debitele – îndeosebi cele către bugetul de stat pot fi reeșalonate, dacă clienții debitorului vor continuarea raporturilor comerciale cu acesta și pot fi găsiți și alți clienți, dacă producția debitorului are asigurate piețe de desfacere, dacă continuarea activității poate fi creditată de bănci dar există și surse alternative din partea unor acționari/asociați, autofinanțare – din închirieri, vânzări de bunuri care nu mai îi sunt necesare debitorului, etc.

- concluziile privind cauzele ajungerii debitorului în stare de insolvență și posibilitățile de reorganizare.

*

Art. 20 alin. (1) lit. c) – întocmirea actelor prevăzute de art. 28 alin. (1) în cazul în care debitorul nu și-a îndeplinit obligația respectivă înăuntrul termenelor legale, precum și verificarea, corectarea și completarea informațiilor cuprinse în actele respective, când acestea au fost prezentate de debitor.

Atribuția are în vedere situația în care debitorul nu a depus la dosar actele prevăzute de art. 28 alin. (1) și art. 35 deloc sau le-a depus în mod parțial, fiind vorba de o încercare de refacere a actelor respective, a cărei reușită depinde de informațiile pe care le poate obține administratorul judiciar, în mod efectiv, din surse diverse (reprezentanți ai debitorului, instituții unde debitorul avea obligația de a depune anumite raportări, etc.).

*

Art. 20 alin. (1) lit. d) – Elaborarea planului de reorganizare a activității debitorului, în funcție de conținutul raportului prevăzut la art. 20 alin. (1) lit. a) și în condițiile și termenele prevăzute la art. 94 din Legea nr. 85/2006.

Administratorul judiciar este unul dintre participanții la procedură [în cuprinsul art. 94 alin. (5) este considerat chiar parte în procedură] abilitat să propună un plan de reorganizare. Existența în sistem a unor administratori judiciari în măsură, prin competența și experiența lor, să propună și apoi să supravegheze punerea în aplicare a unui plan al cărui rezultat să fie plata creanțelor și redresarea debitorului trebuie să fie printre puținele justificări posibile pentru derularea unei proceduri și în modalitatea de reorganizării.

Administratorul judiciar are posibilitatea să depună un plan propriu sau împreună cu o altă parte abilitată legal în acest sens.

*

Art. 20 alin. (1) lit. e) – Supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului.

În cazul în care nu a intervenit ridicarea dreptului de administrare, exercitarea lui, inclusiv sub aspectul gestionării patrimoniului revine administratorului statutar, consiliului de administrație al debitorului. Din moment ce acesta din urmă se află sub imperativele procedurii, se impune ca modul în care se efectuează actele de gestiune să se afle sub supravegherea administratorului judiciar, care va informa creditorii sau judecătorul sindic în cazul în care este necesară intervenția acestuia.

Dispozițiile art. 20 alin. (1) lit. e) au o formulare generală astfel că nu este cazul să se distingă în sensul aplicării acestora doar în cazul reorganizării judiciare iar nu și în perioada de observație.

*

Art. 20 alin. (1) lit. f) – Conducerea integrală, respectiv, în parte, a activității debitorului, în acest ultim caz cu respectarea precizărilor exprese ale judecătorului sindic cu privire la atribuțiile sale și la condițiile de efectuare a plăților din contul averii debitorului.

În cazul în care în **perioada de observație** dreptul de administrare – care include și atributul conducerii debitorului – este ridicat sub acest aspect, total sau parțial, atributul respectiv se transmite în sarcina administratorului judiciar.

*

Art. 20 alin. (1) lit. g) – Convocarea, prezidarea și asigurarea secretariatului ședințelor adunării creditorilor sau ale acționarilor, asociațiilor sau membrilor debitorului persoană juridică.

Participarea administratorului judiciar, în calitate de organ care aplică procedura, la adunarea creditorilor vizează în primul rând respectarea legalității în cadrul acesteia. Administratorul judiciar trebuie ca în conlucrare cu comitetul creditorilor să stabilească un program corespunzător de desfășurare a adunărilor creditorilor în funcție de caracteristicile procedurii în fiecare cauză.

*

Art. 20 alin. (1) lit. h) – Introducerea de acțiuni pentru anularea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, precum și a unor transferuri cu caracter patrimonial, a unor operațiuni comerciale încheiate de debitor și a constituirii unor garanții acordate de acesta, susceptibile a prejudicia drepturile creditorilor.

Atribuirea, administratorului judiciar, a legitimării procesuale active în formularea acțiunilor în anularea transferurilor efectuate de debitor anterior deschiderii procedurii, în mod fraudulos în dauna creditorilor, are în vedere maximizarea averii debitorului, reglementarea **acțiunilor în anulare** fiind prevăzută de art. 79 și următoarele din Legea nr. 85/2006.

*

Art. 20 alin. (1) lit. i) – Sesizarea de urgență a judecătorului sindic în cazul în care constată că nu există bunuri în averea debitorului ori că acestea sunt insuficiente pentru a acoperi cheltuielile administrative.

Lipsa bunurilor în patrimoniul debitorului fie și pentru acoperirea cheltuielilor de administrare a procedurii, justifică **închiderea procedurii**, pentru lipsa obiectului lichidării în procedura falimentului sau lipsa obiectului activității debitorului în cazul procedurii reorganizării. Despre intervenirea acestei situații administratorul judiciar este în măsură, prin prisma atribuțiilor care îi revin, să sesizeze judecătorul sindic.

*

Art. 20 alin. (1) lit. j) – Menținerea sau denunțarea unor contracte încheiate de debitor.

Actele încheiate de debitor și aflate încă în derulare la data deschiderii procedurii trebuie să constituie după acest moment obiectul unei analize referitoare la măsura în care se justifică sau nu menținerea lor în raport cu obiectivul optimizării averii debitorului.

În măsura în care în urma analizării contractelor aflate în derulare la data deschiderii procedurii administratorul judiciar constată, de exemplu, că executarea în continuare a unor contracte nu se mai justifică în condițiile procedurii, că debitorul nu dispune de fondurile necesare pentru onorarea plăților angajate sau că, față de condițiile contractate, există terți furnizori de bunuri sau servicii în condiții mai avantajoase

pentru debitor, este necesar să se procedeze la denunțarea contractelor respective.

*

Art. 20 alin. (1) lit. k) – Verificarea creanțelor și, atunci când este cazul, formularea de obiecțiuni la acestea, precum și întocmirea tabelelor creanțelor.

Verificarea declarațiilor de creanță și stabilirea masei pasivului debitorului revine, în derularea procedurii, practicianului în insolvență.

*

Art. 20 alin. (1) lit. l) – Încasarea creanțelor, urmărirea încasării creanțelor referitoare la bunurile din averea debitorului sau la sumele de bani transferate de către debitor înainte de deschiderea procedurii; formularea și susținerea acțiunilor în pretenții pentru încasarea creanțelor debitorului, pentru aceasta putând angaja avocați.

Recuperarea propriilor creanțe ale debitorului este o obligație a practicianului în insolvență pentru optimizarea averii debitorului. Efectiva promovare a acțiunilor în scopul respectiv nu reprezintă un element din cuprinsul procedurii insolvenței, acestea fiind supuse reglementării de drept comun, inclusiv în ceea ce privește instanța căreia îi revine competența de soluționare.

*

Art. 20 alin. (1) lit. m) – Cu condiția confirmării de către judecătorul sindic, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fidejursorilor, renunțarea la garanții reale.

Este important modul în care se interpretează textul de lege. Dacă s-ar pune accentul pe sintagma „sub condiția”, avându-se în vedere ceea ce înseamnă condiția în dreptul comun, s-ar putea considera că actele enumerate în art. 20 alin. (1) lit m) există, sunt valabile la momentul încheierii lor, urmând să se aprecieze în continuare asupra lor în funcție de îndeplinirea sau nu a condiției. Or, interpretarea corectă este alta: Ținând cont că dispozițiile art. 20 alin. (1) lit. m) constituie o reglementare de procedură și are caracter special derogator de la dreptul comun, raportul dintre „încheiere” și „confirmare” este în sensul că actele enumerate prin dispozițiile respective există din punct de vedere juridic, sunt încheiate în mod legal, valabil, doar din momentul în care sunt confirmate de judecătorul sindic, acesta fiind momentul la care

actele respective intră în plan juridic, simpla lor existență de până atunci neprezentând nici o relevanță, inclusiv sub aspectul efectelor. Aceasta cu atât mai mult cu cât cel puțin încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, pot prezenta un caracter derogatoriu chiar de la unele principii ale procedurii insolvenței, în primul rând **principiul maximizării averii debitorului**; prin urmare, trebuie încheiate cu respectarea acestor principii. De exemplu, debitorul deține o creanță împotriva unui terț, pentru realizarea căreia lichidatorul ar trebui să introducă acțiune în pretenții potrivit dreptului comun. Terțul debitor poate fi interesat însă să nu constituie obiectul unei acțiuni și, recunoscând creanța, să se ofere să o plătească imediat, facilitate pentru care însă solicită reducerea quantumului debitului pe care urmează să îl achite. În astfel de condiții, debitorul în procedură și terțul debitor pot proceda la încheierea unei tranzacții sub aspectul menționat. La prima vedere, acceptarea unei plăți în quantum mai mic decât creanța deținută de debitor ar fi contrară principiului maximizării averii debitorului. Dar în sensul încheierii tranzacției poate deveni relevantă regula potrivit căreia mai bine se primesc mai repede mai puțini bani din creanță, cu consecința posibilității rulării imediate și a recuperării, astfel, a diferenței neachitate, decât mai târziu mai mulți bani, dar cu consecința pierderii de timp, a scăderii valorii sumei în urma adăugării inflației, a obligației constituirii unor provizioane, etc. În raport cu un simplu calcul economic pornind de la astfel de criterii, primirea imediată a unei sume mai mici din creanță poate fi, în fapt, un avantaj și apreciată chiar în sensul maximizării averii debitorului, justificând încheierea unei tranzacții. Dat fiind aspectul evident economic, pentru aceasta este necesar ca practicianul în insolvență să aibă acordul creditorilor, fiind în joc interesul acestora în procedură, deoarece suma primită va fi utilizată, de regulă, pentru finanțarea reorganizării activității sau pentru distribuiri directe către creditori, în funcție de etapa de procedură. Reducerea sumei pe care o va plăti terțul debitor este o problemă de negociere; în practică nu s-a recurs, însă, de regulă la reduceri mai mari de 1/3 din creanța datorată.

Cum o astfel de tranzacție vizează și legalitatea plăților ca element al procedurii insolvenței, legiuitorul a condiționat încheierea valabilă a acesteia de confirmarea judecătorului sindic

Încheierea în fapt, anterior confirmării, a actelor menționate înseamnă încheierea unor acte juridice sub condiție, a căror existență valabilă este condiționată de confirmarea din partea judecătorului sindic. În scopul obținerii confirmării este obligatorie formularea unei cereri, conținând descrierea actului respectiv și fundamentarea acestuia, de către administratorul judiciar, cerere pe care judecătorul sindic o va soluționa printr-o încheiere. Este necesară și acceptarea prealabilă din partea comitetului creditorilor sau a adunării creditorilor.

Din motive evidente, specifice regulilor din procedura insolvenței, trebuie considerat că nu pot face obiectul atribuției în discuție renunțarea de către practician la stingerea (realizarea) unei creanțe a debitorului (în discuție putând fi doar cuantumul) sau la soluționarea acțiunii întemeiate pe dispozițiile art. 138.

*

Art. 20 alin. (1) lit. n) – Sesizarea judecătorului sindic cu orice problemă care ar cere o soluționare de către acesta.

Conlucrarea dintre judecătorul sindic și practicianul în insolvență este necesară sub aspectul menționat.

*

Enumerarea atribuțiilor este evident exemplificativă iar nu limitativă. Atribuțiile administratorului judiciar încetează la momentul desemnării lichidatorului sau al închiderii procedurii.

În conformitate cu prevederile art. 20 alin. (2) judecătorul sindic poate stabili administratorului judiciar, prin încheiere, oricare alte atribuții în afara celor stabilite la art. 20 alin. (1), cu excepția celor prevăzute de lege în competența exclusivă a acestuia.

În raport cu derularea în fapt a fiecărei cauze poate apare necesitate efectuării unor acte, activități, operațiuni neavute în vedere în mod expres prin reglementarea în materia insolvenței situație în care, pentru bunul mers al procedurii judecătorul sindic va putea dispune îndeplinirea oricăror atribuții legale corespunzătoare.

2.4. Desemnarea unor persoane de specialitate

Conform art. 23, în vederea îndeplinirii atribuțiilor sale administratorul judiciar va putea desemna persoane de specialitate. Numirea și nivelul **remunerațiilor** acestor persoane vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor, cu excepția cazurilor în care va fi stabilit că acestea vor fi achitate din fondul constituit conform art. 4., având în vedere faptul că remunerațiile respective măresc cheltuielile de administrare a procedurii în dauna plății creditorilor.

Practicianul nu poate recurge la astfel de desemnări decât în mod justificat, pentru atribuții pe care nu le poate îndeplini personal.

Angajarea unor persoane de specialitate apare ca fiind necesară în primul rând cu privire la experți (contabili, tehnici, etc.), pentru evaluarea patrimoniului debitorului printr-o **expertiză**. În acest scop se vor avea în vedere dispozițiile Codului de procedură civilă.

Atribuțiile legale ale practicianului în insolvență, precum și cele stabilite exclusiv în sarcina sa de judecătorul sindic în procedurile de insolvență nu pot fi exercitate prin **reprezentare**, conform art. 39 din O.U.G. nr. 86/2006. Practicianul în insolvență poate fi totuși asistat de avocat în exercițiul atribuțiilor sale și poate da mandat de reprezentare, în condițiile legii, pentru încheierea sau exercitarea unor acte juridice sau procesuale ce nu presupun exercițiul atribuțiilor exclusive ale practicianului.

Potrivit art. 40 alin (4) din O.U.G. nr. 86/2006 sunt atribuții exclusive ale practicianului în insolvență (administrator judiciar sau lichidator): notificarea creditorilor, întocmirea tabelelor de creanțe, formularea contestațiilor la declarațiile de creanță; convocarea și prezidarea adunării creditorilor, acționarilor, asociaților sau membrilor debitorului persoană juridică dacă legea nu dă aceste atribuții în sarcina altor persoane; vânzarea bunurilor din averea debitorului precum și orice proceduri aferente acestora; elaborarea planului de reorganizare judiciară a debitorului, în condițiile și termenele din Legea nr. 85/2006; supravegherea operațiunilor de gestionare a patrimoniului debitorului; conducerea integrală sau în parte a activității debitorului, atunci când legea sau judecătorul sindic fixează această sarcină practicianului în insolvență; încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea

fidejursorilor, renunțarea la garanțiile reale, în condițiile Legii nr. 85/2006; distribuirea sumelor rezultate din lichidare; semnarea bilanțului de lichidare; introducerea de **acțiuni în anulare** în baza art. 79 și 80 din Legea nr. 85/2006; elaborarea și susținerea rapoartelor periodice în procedura insolvenței; elaborarea de expertize privind activitățile cuprinse în procedurile de insolvență, la cererea judecătorului sindic sau a altor organe judiciare, inclusiv de urmărire penală.

Deși nu este vorba de o desemnare a unor persoane de specialitate ci de o susținere exterioară procedurii a activității administratorului judiciar, menționăm că în conformitate cu dispozițiile art. 38 din O.U.G. nr. 86/2006, atunci când practicianul în insolvență consideră necesar, organele de poliție, jandarmerie sau alți agenți ai forței publice, după caz, îi acordă concursul la îndeplinirea efectivă a atribuțiilor, prevăzute legal sau stabilite de judecătorul sindic.

Este de menționat în același context că dispozițiile art. 1 din O.U.G. nr. 86/2006 prevăd, printre altele, că procedurile de insolvență sunt conduse de practicienii în insolvență. Or, referirea la conducerea procedurii trebuie înțeleasă, desigur, nu în sensul subordonării instanței ci în cel prevăzut de art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, privind manageriatul procedurii, dar formularea textului rămâne, oricum, discutabilă.

2.5. Raportul lunar

Practicianul administrează procedura sub directă supraveghere a tribunalului deci tribunalul trebuie ținut la curent cu mersul acesteia.

Potrivit art. 21 alin. (1), la fiecare termen de continuare a procedurii, administratorul judiciar va prezenta judecătorului sindic un raport cuprinzând descrierea modului în care și-a îndeplinit atribuțiile, precum și o justificare a cheltuielilor efectuate cu administrarea procedurii sau a altor cheltuieli efectuate din fondurile existente în averea debitorului. Baza de raportare este luna întreagă, raportul putând cuprinde mai multe luni, ceea ce înseamnă că în cazul în care termenele de judecată stabilite în cauză depășesc 30 de zile, interval de timp utilizat de regulă, administratorul judiciar are posibilitatea să acopere ulterior raportările restante.

Prin rapoartele lunare întocmite de către practicianul în insolvență se realizează supravegherea activității acestuia, în cadrul derulării procedurii, de către judecătorul sindic și comitetul creditorilor, care pot verifica astfel, față de perioada de raportare măsura în care s-au îndeplinit, după caz, obiectivele prevăzute în planul de reorganizare sau activitățile de lichidare în faliment, încasările și plățile lunare, etc.

Aspectele mai importante care trebuie să facă obiectul cuprinsului rapoartelor lunare: indicarea datelor privind desemnarea în cauză a administratorului judiciar, etapa în care se află procedura în speță; pozițiile judecătorului sindic referitoare la continuarea procedurii, date la termenul anterior, precum și solicitările sub același aspect ale comitetului creditorilor; conducerea/supravegherea activității debitorului: activitățile desfășurate de administratorul judiciar – cum ar fi supravegherea operațiunilor financiare ale debitorului, îndeplinirea obiectivelor din plan sau a activităților de lichidare, etc. în funcție de etapa din procedură în care se află debitorul, activitatea derulată de debitor în perioada de raportare – operațiuni administrative, comerciale, închirieri, vânzări prevăzute prin plan, etc.; contabilitatea debitorului: încasări, plăți efectuate; litigiile în care este angrenat debitorul fie în calitate de reclamant fie de pârât, modalitatea de soluționare; concluzii și cereri formulate de administratorul judiciar.

2.6. Contestația împotriva măsurilor administratorului judiciar

Debitorul persoană fizică, administratorul special al debitorului persoană juridică, oricare dintre creditori, precum și orice altă persoană interesată poate face **contestație** împotriva măsurilor luate de administratorul judiciar [art. 21 alin. (2)]. Sesizarea în vederea desființării măsurilor practicianului în insolvență se poate face și din oficiu de către judecătorul sindic, în virtutea atribuțiilor precizate potrivit art. 11 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

Contestația trebuie înregistrată în termen de 5 zile de la depunerea la dosar a raportului prevăzut la art. 21 alin. (1), în care s-a menționat măsura contestată. Calcularea termenului se face în mod obiectiv, indiferent de orice alt criteriu, sub acest aspect prevalând principiul celerității derulării procedurii.

Judecătorul sindic va soluționa contestația în termen de 5 zile de la înregistrarea ei, în **camera de consiliu**, cu citarea contestatorului, a administratorului judiciar și a comitetului creditorilor, putând, la cererea contestatorului, să suspende executarea măsurii contestate. Lipsa citării și pronunțarea în ședință publică sunt în măsură să atragă **casarea** hotărârii pronunțate. În raport cu posibilitatea solicitării suspendării, legiuitorul nu a prevăzut expres eventuala plată a unei cauțiuni.

2.7. Amenda judiciară

În baza art. 22 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, judecătorul sindic va sancționa administratorul judiciar cu **amendă judiciară** de la 1000 lei la 5000 lei în cazul în care acesta, din culpă sau din rea-credință, nu își îndeplinește sau îndeplinește cu întârziere atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul sindic.

Judecătorului sindic se învestește urmare a sesizării părților, precum și din oficiu. Pentru admiterea sesizării este necesar să se probeze mai întâi neîndeplinirea sau îndeplinirea cu întârziere a uneia sau mai multe atribuții, stabilite de lege sau de judecătorul sindic, doar aceste categorii de fapte putând determina aplicarea amenzii judiciare, ca și în cazul reparării prejudiciului și spre deosebire de motivele de înlocuire a administratorului judiciar. Administratorul judiciar nu se poate apăra în cadrul judecății susținând că o atribuție stabilită de judecătorul sindic printr-o hotărâre nu este temeinică sau legală, deoarece sub acest aspect este îndrituit doar la a promova **recurs**, în lipsa căruia îi este aplicabil caracterul executoriu al hotărârii respective. De asemenea, trebuie să se probeze săvârșirea uneia din faptele menționate din culpă sau cu rea-credință. Considerăm că în contextul reglementării procedurii insolvenței reaua-credință rezultă și doar din dovedirea intenției, iar în ceea ce privește culpa, dat fiind că este vorba de exercitarea unor atribuții profesionale, aceasta trebuie reținută în raport cu orice abateri de la cerințele prevederilor legale sau ale hotărârii prin care a fost stabilită o atribuție.

Sub aspectul aplicării amenzii judiciare se vor avea în vedere și cele menționate în cazul referirilor la prevederile art. 22 alin. (5).

2.8. Înlocuirea administratorului judiciar

În baza art. 22 alin. (2), în orice stadiu al procedurii, judecătorul sindic, din oficiu sau la cererea comitetului creditorilor, îl poate înlocui pe administratorul judiciar, prin încheiere motivată, pentru motive temeinice. Încheierea de înlocuire se pronunță în camera de consiliu, de urgență, cu citarea administratorului judiciar și a comitetului creditorilor. Judecarea fără efectuarea citării legale poate atrage, în baza art. 312 alin. (5) C. proc. civ., casarea hotărârii cu trimiterea cauzei spre rejudecare, ca și nepronunțarea în ședință publică. În cazul în care se sesizează din oficiu, judecătorul sindic se va consulta și cu comitetul creditorilor asupra înlocuirii, fără însă ca opinia acestuia să fie obligatorie pentru judecătorul sindic.

Înlocuirea se poate dispune apreciindu-se drept motive temeinice, de exemplu, nedepunerea rapoartelor de activitate prevăzute legal, incompetența profesională, distrugerea de bunuri din averea debitorului, neîndeplinirea planului din culpa administratorului judiciar sau neîndeplinirea altor atribuții, etc. În cazul în care înlocuirea intervine pentru neîndeplinirea atribuțiilor sau îndeplinirea lor cu întârziere, poate fi însoțită de o amendă judiciară sau plata unor despăgubiri, în condițiile legii, deoarece nu se pune problema aplicării mai multor sancțiuni pentru aceeași faptă ci a aplicării fiecăreia dintre măsurile respective în baza unor criterii juridice distincte. În principiu, motive temeinice constituie orice încălcare vădită a legii (prin acte, fapte, măsuri, operațiuni, etc.) în exercitarea atribuțiilor de către administrator, în demersurile pe care le întreprinde în procedură, pentru că criteriul de raportare este acela al unui bun profesionist, dar judecătorul sindic poate aprecia dacă în raport cu acestea nu se impune, totuși, înlocuirea, pentru asigurarea stabilității și celerității procedurii. Legiuitorul nu a limitat categoriile de motive posibile, ci a impus doar cerința ca acestea să fie temeinice, adică de a justifica înlocuirea. În orice caz, nu se poate reține că administratorul judiciar ar putea fi înlocuit, cum s-a mai susținut, doar pentru încălcări „flagrante” ale atribuțiilor, adică grave și de excepție. Este relevant că în acest context legiuitorul nu a mai considerat necesar să mai prevadă modalitatea de săvârșirea a faptelor, din culpă sau cu rea-credință. Legiuitorul nici nu a mai limitat cate-

goriile de fapte în cazul înlocuirii, ca în cazul aplicării amenzii judiciare sau al reparării prejudiciului.

2.9. Repararea prejudiciilor produse în exercitarea atribuțiilor

Potrivit art. 22 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, dacă prin fapta prevăzută la art. 22 alin. (3) administratorul judiciar a cauzat un prejudiciu, judecătorul sindic va putea, la cererea oricărei alte părți interesate, să îl oblige pe administratorul judiciar la acoperirea prejudiciului produs.

Dispozițiile menționate consacră în mod expres răspunderea practicianului în insolvență [administratorul judiciar și, față de art. 24 alin. (1) din lege, lichidatorul] pentru prejudiciile produse în raport cu exercitarea atribuțiilor în derularea procedurii insolvenței, dar în condițiile speciale la care se va face referire în continuare.

În general, potrivit art. 41 alin. (1) din O.U.G. nr. 86/2006 practicienii în insolvență răspund în desfășurarea activității lor, disciplinar, administrativ, civil sau penal, după caz. În contextul de față poate interesa doar **răspunderea civilă**, atragerea celorlalte categorii de răspunderi nefăcând parte din procedura insolvenței, în general.

Copia poliței de asigurare se atașează ofertei potrivit art. 19 din lege tocmai în eventualitatea incidenței **răspunderii patrimoniale** a practicianului în insolvență. Dispozițiile art. 41 alin. (2) [art. 19 alin. (8) din Legea nr. 85/2006] și alin. (4) din O.U.G. nr. 86/2006 prevăd că polița de asigurare trebuie să acopere eventualele prejudicii cauzate în îndeplinirea atribuțiilor (din această formulare generală ar rezulta că atât asigurarea cât și obligația de reparație se referă la prejudiciul produs prin orice faptă, dar după cum se va arăta mai jos, dispozițiile legii limitează drastic obligația de reparare a prejudiciului) și, de asemenea, că limita minimă a valorii poliței de asigurare profesională este stabilită prin Statutul UNPIR. În conformitate cu prevederile art. 19 alin. (9) din Legea nr. 85/2006 administratorului judiciar îi este interzis, sub sancțiunea revocării din funcție și a reparării eventualelor prejudicii cauzate, să diminueze, în mod direct sau indirect, valoarea sumei asigurate prin contractul de asigurare; prin urmare, în cazul în care intervine o astfel de diminuare, diferența din valoarea prejudiciului neacoperită prin suma asigurată va fi achitată personal de către practicianul în insolvență. În

acest context, este de reținut că potrivit art. 7 alin. (1) și (3) din O.U.G. nr. 86/2006 cabinetul individual, ca formă de exercitare a activității de către practicienii în insolvență, își constituie patrimoniul inițial din aporturile titularului și are regimul patrimoniului profesional de afectare; creditorii ale căror creanțe sunt născute din activitatea profesională a practicianului care are ca formă de exercitare profesională cabinetul individual vor urmări bunurile aflate în patrimoniul de afectare și doar în măsura în care acestea sunt insuficiente pot fi urmărite și celelalte bunuri aflate în proprietatea practicianului în insolvență.

Titularul cererii de atragere a răspunderii pentru repararea prejudiciului este, potrivit legii, orice partea interesată. Aceasta înseamnă că poate fi vorba de orice parte, participant, în condițiile legii, la procedură, în interiorul iar nu în exteriorul acesteia – pentru că legea nu folosește sintagma „orice persoană”, iar interesul acesteia se referă la repararea prejudiciului care trebuie să se fi produs în patrimoniul propriu. În acest caz nu se pune problema sesizării din oficiu, în raport cu principiul disponibilității părții interesate în repararea prejudiciului suferit.

Competența de soluționare a cererii revine judecătorului sindic, în cadrul procedurii de insolvență, atragerea răspunderii în discuție constituind un element specific al acesteia.

Pentru atragerea răspunderii trebuie să se facă dovada îndeplinirii în mod cumulativ a condițiilor privind fapta, prejudiciul, raportul de cauzalitate dintre acestea și vinovăția.

În raport cu prevederile art. 22 alin. (3) pentru a justifica legal cererea, fapta poate să constea doar în îndeplinirea cu întârziere sau neîndeplinirea de către administratorul judiciar a atribuțiilor prevăzute de lege sau stabilite de judecătorul sindic.

O astfel de faptă poate atrage, astfel cum s-a menționat anterior, în primul rând sancțiunea aplicării amenzii judiciare dar și înlocuirea administratorului judiciar.

Nu se va putea cere repararea prejudiciului produs prin alte fapte, cum ar fi îndeplinirea atribuțiilor în mod defectuos, etc., spre deosebire de dreptul comun, unde practic nu există o astfel de limitare.

Legea nu distinge cu privire la natura prejudiciului, care poate fi apreciată în mod general, dar în niciun caz nu se poate invoca drept prejudiciu, de exemplu de către un creditor, chiar creanța declarată în

cauză de acesta, pretinzând că urmare a faptei practicianului în insolvență aceasta nu a mai fost plătită în procedură.

Raportul de cauzalitate trebuie să aibă în vedere că riscul asigurat trebuie să reprezinte consecința activității practicianului în insolvență pe perioada exercitării calității sale, fapta acestuia trebuind să determine în mod direct prejudiciul. Nu numai fapta dar și prejudiciul trebuie să se producă în interiorul perioadei de exercitare a calității de practician într-o cauză, neputând fi atrasă răspunderea acestuia dacă un prejudiciu s-a produs după ce nu mai are calitatea de practician.

În ceea ce privește vinovăția, în raport cu prevederile art. 22 alin. (3), trebuie să fie vorba de culpă sau rea-credință – ceea ce implică intenția.

În completarea reglementării privind răspunderea patrimonială a practicianului în insolvență în cadrul procedurii, se poate recurge, în raport cu prevederile art. 149 din Legea nr. 85/2006, la dispozițiile de drept comun care reglementează răspunderea civilă delictuală, dar în măsura în care acestea sunt compatibile cu dispozițiile legii menționate.

Astfel cum rezultă din analiza de mai jos referitoare la dispozițiile art. 22 alin. (5) din Legea nr. 85/2006, soluționarea cererii în repararea prejudiciului se face printr-o **încheiere executorie**. Considerăm că judecata trebuie să se desfășoare cu **citarea părților** implicate, pentru asigurarea contradictorialității judecării și posibilitatea administrării probelor de către părți, chiar dacă pârâul va avea posibilitatea să se apere și prin **cererea de reexaminare** pe care o poate îndrepta împotriva încheierii de obligare la plata despăgubirilor în repararea prejudiciului produs. În baza încheierii executorii, la cererea reclamantului păgubit prejudiciul se va acoperi de către asigurător și în completare, dacă este cazul, de către practicianul în insolvență, personal.

2.10. Termenul de sesizare în legătură cu amenda judiciară, repararea prejudiciului și înlocuirea administratorului judiciar

Aparent legiuitorul nu a avut în vedere stabilirea unui termen în care să intervină în procedură sesizarea judecătorului sindic sub aspectul înlocuirii administratorului judiciar, aplicării amenzii judiciare sau reparării prejudiciului produs. Nu este prima dată în evoluția reglementării procedurii insolvenței, când legiuitorul aduce prevederi privind instituții

noi în cuprinsul reglementării, fără să indice și toate elementele minim necesare pentru aplicarea prevederilor respective. Referitor la aspectul menționat trebuie să ne raportăm mai întâi la dispozițiile exprese existente în cuprinsul legii speciale, astfel că dispozițiile art. 22 alin. (2), (3), (4) trebuie coroborate cu acelea ale art. 21. În acest context, măsurile luate de administratorul judiciar, la care se referă art. 21 alin. (2) [care nu trebuie confundate cu atribuțiile/deciziile manageriale prevăzute de art. 11 alin. (2)] constau în acțiunile și inacțiunile administratorului judiciar în îndeplinirea atribuțiilor/deciziilor manageriale, reprezentând modalitățile concrete de transpunere în fapt a acestora din urmă. În cadrul acestor măsuri se include și îndeplinirea cu întârziere a atribuțiilor sau neîndeplinirea lor de către administratorul judiciar. Desigur, s-ar putea susține că sintagma „măsurile luate” ar însemna doar o acțiune, nu și o inacțiune ca în cazul neîndeplinirii atribuțiilor, dar trebuie reținut că și o inacțiune reprezintă tot o modalitate referitoare la îndeplinirea atribuțiilor – în sens negativ – asumată de administratorul judiciar.

În cadrul „măsurilor luate” se includ, de asemenea, și motivele întemeiate pentru înlocuirea administratorului judiciar, deoarece și acestea provin tot din modalitatea de îndeplinire a atribuțiilor a cărei menționare se face în raportul lunar.

Prin urmare, contestarea în temeiul art. 21 alin. (3) se poate referi și la motivele de înlocuire, neîndeplinirea atribuțiilor sau îndeplinirea lor cu întârziere, care, odată probate și constatate în cadrul **contestăției** sunt în măsură să justifice, în primul rând în cadrul contestăției, sesizarea privind aplicarea amenzii judiciare, repararea prejudiciului produs, respectiv, înlocuirea administratorului judiciar (sub aspect material, nu cronologic).

Or, termenul de contestare este cel prevăzut de art. 21 alin. (3), de 5 zile de la depunerea raportului lunar [sau de la termenul pentru continuarea procedurii la care trebuia depus, în cazul în care nu se depune raportul respectiv, caz în care se contestă chiar fapta de neîndeplinire a atribuției prevăzute de art. 21 alin. (1)].

O abordare diferită a aspectului în discuție, prin prisma dreptului comun, în sensul că s-ar putea formula cererea de înlocuire, de aplicare a amenzii judiciare sau de reparare a prejudiciului și la un interval de

timp îndelungat după intervenirea motivelor și faptelor prevăzute de lege sub aceste aspecte, ar contraveni principului celerității și coerenței procedurii.

2.11. Cererea de reexaminare

Conform art. 22 alin (5), în cazul amenzilor și al despăgubirilor prevăzute la art. 22 alin. (1), (3) și (4) se aplică în mod corespunzător dispozițiile art. 108⁴ și 108⁵ C. proc. civ.

În sensul prevăzut amenda sau despăgubirea se stabilesc prin **încheiere executorie**, care se comunică celui obligat dacă măsura a fost luată în lipsa acestuia.

Dispozițiile art. 108⁵ C. proc. civ. prevăd că împotriva încheierii menționate mai sus, cel obligat la amendă sau despăgubire va putea face cerere de reexaminare, solicitând, motivat să se revină asupra amenzii sau despăgubirii sau să se dispună reducerea acestora. Cererea trebuie formulată în termen de 15 zile, după caz, de la data la care a fost luată măsura sau de la data comunicării încheierii. Cererea se soluționează prin încheiere irevocabilă, dată în camera de consiliu, de către instanța de judecată ori de președintele instanței de executare care aplicat amenda sau despăgubirea.

§3. Lichidatorul

3.1. Definiția

Inițial, dispozițiile art. 3 pct. 28 din Legea nr. 85/2006 au prevăzut că lichidatorul este persoana fizică sau juridică, practician în insolvență autorizat în condițiile legii, desemnat să conducă activitatea debitorului și să exercite atribuțiile prevăzute la art. 25 în cadrul procedurii falimentului, atât în procedura generală cât și în cea simplificată.

Potrivit art. 3 din O.U.G. nr. 86/2006, astfel cum a fost modificată prin Legea nr. 254/2007, lichidatorul este practicianul în insolvență, autorizat în condițiile legii, desemnat să conducă activitatea debitorului în cadrul procedurii de faliment, atât în procedura generală cât și în cea

simplificată și să exercite atribuțiile prevăzute de lege sau stabilite de instanța judecătorească. În conformitate cu prevederile art. 77 alin. (1) din O.U.G. nr. 86/2006 orice altă prevedere contrară dispozițiilor acesteia se abrogă.

Legea nr. 64/1995, spre deosebire de Legea nr. 85/2006 distingea în sensul denumirii de lichidator judiciar.

În ceea ce privește procedura insolvenței, lichidatorul judiciar este practicianul în insolvență specific falimentului. În funcție de împrejurarea în care se trece la procedura falimentului (în procedura generală sau prin deschiderea inițială a procedurii simplificate), lichidatorul poate fi desemnat în cadrul procedurii chiar de la începutul acesteia sau după ce în cauză și-a exercitat atribuțiile și un administrator judiciar – caz în care încetează atribuțiile acestuia din urmă și sunt exercitate cele care revin lichidatorului. Administratorul judiciar anterior, poate fi desemnat în continuarea procedurii și în calitate de lichidator.

Potrivit art. 24 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 în cazul lichidatorului sunt aplicabile prevederile art. 19, 21, 22, 23 [și ale art. 102 alin. (5)]. Prin urmare nu vom mai reitera aici cele menționate anterior la analiza respectivelor dispoziții legale.

Precizăm doar că, în cazul în care lichidatorul – sau administratorul judiciar – este înlocuit, acesta poate formula **recurs** împotriva hotărârii prin care s-a dispus înlocuirea, în nume propriu iar nu în calitate de reprezentant al debitorului, pentru că hotărârea de înlocuire este definitivă și executorie și sub acest aspect. Debitorul va fi citat în recurs prin practicianul în insolvență înlocuitor.

Dispozițiile art. 25 din lege prevăd principalele atribuții ale lichidatorului, care sunt în bună parte aceleași ca în cazul administratorului judiciar cum ar fi, de exemplu: introducerea de acțiuni în anularea transferurilor frauduloase încheiate de debitor în dauna creditorilor, a acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 138, menținerea sau denunțarea unor contracte, verificarea creanțelor, întocmirea tabelelor de creanțe, maximizarea averii debitorului prin recuperarea propriilor creanțe ale acestuia, încheierea de tranzacții, descărcarea de datorii, descărcarea fidejutorilor, renunțarea la garanții sub condiția confirmării de către judecătorul sindic. Însă, în funcție de specificul diferit al perioadei de observație, reorganizării judiciare, în comparație cu cel al falimentului,

unele atribuții sunt diferite. Astfel, de exemplu, rapoartele prevăzute de art. 20 alin. (1) lit. a), b) se restrâng la unul singur și numai pentru ipoteza inițierii **procedurii simplificate**, cu un conținut, de asemenea, restrâns la examinarea activității debitorului, sub aspectul cauzelor insolvenței și indiciilor privind aplicarea art. 138 din lege, excluzându-se, evident, aspectele legate de reorganizare.

În ceea ce privește conducerea debitorului, în cazul falimentului se ridică în mod automat dreptul de conducere al debitorului astfel că întotdeauna lichidatorul va exercita integral acest drept.

În contextul în care în faliment intervine **lichidarea** bunurilor din averea debitorului, în sarcina lichidatorului intervin atribuții în sensul aplicării sigiliilor, inventarierii bunurilor debitorului, luării măsurilor corespunzătoare pentru conservarea și vânzării lor.

De reținut că în cazul în care se deschide inițial procedura simplificată intervine practic o completare a atribuțiilor lichidatorului și cu unele proprii și administratorului judiciar.

§4. Retribuția (onorariul) practicienilor în insolvență

Plata administratorului judiciar/lichidatorului pentru activitatea prestată în cadrul procedurii insolvenței este avută în vedere drept **remunerație** în Legea nr. 85/2006 și drept **onorariu** în cuprinsul O.U.G. nr. 86/2006 privind organizarea activității practicienilor în insolvență. Cele două noțiuni au, practic, același conținut, cu excepția faptului că onorariul reflectă și specificul activității prestate, aceasta fiind din sfera profesiilor liberele.

Potrivit art. 37 alin. (1) din O.U.G. nr. 86/2006, practicienii în insolvență au dreptul la onorarii pentru activitatea desfășurată, sub forma unor onorarii fixe, onorarii de succes sau o combinație a acestora.

Aprecierea cu privire la categoriile de onorarii avute în vedere de către legiuitor trebuie realizată prin raportare la activitatea prestată de administratorul judiciar/lichidator în procedura în care a fost numit, deoarece activitatea este răsplătită prin onorariu, iar nu la procedura în sine, deoarece aceasta, ca succesiune de acte și operațiuni, este reglementată legal și oricum este obligatoriu în toate cazurile să fie derulată

legal. Rezultatele derulării procedurii pot fi însă influențate de activitatea depusă de administratorul judiciar/lichidator, de preferat în sens pozitiv, situație în care se poate vorbi de succesul activității respective. Prin urmare, în cazul în care nu numai că derularea formală a procedurii se face cu respectarea prescripțiilor legale dar apare și o optimizare a activității debitorului sau a rezultatelor valorificării bunurilor acestuia, în scopul legal al procedurii, determinată de capacitatea și competența profesională a administratorului judiciar/lichidatorului, activitatea acestora are succes și se poate justifica un onorariu de succes. Pentru desfășurarea cu rezultate optime a activității de către practicienii în insolvență este necesar să existe, în primul rând activitatea și/sau bunurile debitorului, la un nivel cât mai ridicat. În cazul în care acestea lipsesc sau sunt la un nivel redus, procedura se va derula doar sub aspect formal, neexistând obiectul optimizării, astfel că și onorariul va avea o valoare scăzută.

În principiu, mărimea onorariului sau măsura în care suma cu acest titlu este determinată nu induc caracterul fix sau de succes al acestuia.

Onorariu fix privește un grad redus al complexității activității administratorului judiciar/lichidatorului, apreciat prin prisma complexității procedurii derulate, în timp ce onorariul de succes se raportează la un grad de complexitate ridicat, complexitatea activității și, implicit, a procedurii constituind criteriul distinctiv esențial.

Aceasta rezultă și din faptul că dispozițiile art. 37 alin. (2) din O.U.G. nr. 86/2006 au în vedere categorii de factori care reflectă gradul de complexitate al activității practicianului în insolvență, pentru stabilirea cuantumului atât al onorariului fix cât și a celui de succes.

Onorariul fix se prezintă sub forma unei sume prestabilite, lunare (mai frecvent) sau totală – pentru întreaga activitate desfășurată, plătită tot în timpul procedurii și este solicitat de obicei în ipoteza în care nu există activitate sau bunuri ale debitorului la un nivel ridicat. Se stabilește într-un cuantum mai redus care se raportează la timpul și competența mediu necesare pentru derulare operațiunilor și activităților care vor asigura desfășurarea formală a procedurii.

Onorariul de succes, care are în vedere, astfel cum s-a arătat nu în primul rând succesul procedurii ci succesul activității administratorului judiciar/lichidatorului cu privire la procedură, se poate prezenta sub forma unei sume totale determinate (de exemplu pentru reușita planului

propus de administratorul judiciar) sau a unui procent (cutuma este în sensul unui maxim de 10 %) din valoarea recuperată efectiv la averea debitorului prin lichidarea bunurilor, acțiuni în anulare, cereri în atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere, etc.

Potrivit art. 37 alin. (2) din O.U.G. nr. 86/2006, la stabilirea nivelului onorariului se vor avea în vedere următoarele tipuri de factori privind debitorul, care reflectă gradul de complexitate a activității depuse: numărul de salariați ai debitorului; riscul privind conflictele de muncă; cifra de afaceri a debitorului pe ultimii trei ani; valoarea datoriilor și numărul creditorilor; valoarea propriilor creanțe ale debitorului și numărul debitorilor acestuia; litigiile aflate pe rol în care debitorul este reclamant, respectiv, pârât; valoarea evaluată a patrimoniului, natura activelor, atractivitatea lor pe piață, riscurile legate de conservarea lor; nivelul de lichidități aflate la dispoziția debitorului pentru acoperirea cheltuielilor inițiale de lichidare.

Onorariul practicianului nu se stabilește abstract în funcție de atribuțiile acestuia ci prin raportarea acestor atribuții la complexitatea anticipată a procedurii în cauză; practicianul nu obține onorariul ca detailist, pe atribuții ci în raport cu procedura în ansamblu în care a fost desemnat să îndeplinească acele atribuții.

Anticiparea unei complexități mai mici atrage stabilirea unei sume mai mici drept onorariu, în timp ce pentru o procedură anticipată a fi deosebit de complexă se poate avea în vedere stabilirea unui onorariu de succes.

Potrivit art. 37 alin. (3) din O.U.G. nr. 86/2006 astfel cum a fost modificat prin Legea nr. 254/2007, onorariul provizoriu pentru **perioada de observație** este stabilit de judecătorul sindic la deschiderea procedurii de insolvență și va putea fi modificat o singură dată în prima adunare a creditorilor, la cererea practicianului.

Nu considerăm că dispozițiile menționate ar reflecta intenția legiuitorului în sensul posibilității de modificare a onorariului o singură dată pe parcursul întregii proceduri, în forma menționată.

Dispozițiile în discuție se referă, în legătură cu modificarea, exclusiv la onorariul aferent perioadei de observație. Prin urmare, doar pentru această perioadă trebuie avut în vedere că onorariul provizoriu, stabilit

prin hotărârea de deschidere a procedurii, poate fi modificat o singură dată, în prima adunare a creditorilor.

În continuarea procedurii de ansamblu, în cazul în care se trece la procedura falimentului, desemnarea lichidatorului trebuie să fie însoțită și de stabilirea retribuiției acestuia.

Dacă se ajunge la reorganizarea propriu-zisă prin aplicarea planului confirmat, remunerația administratorului judiciar este stabilită prin prevederile planului.

Între onorariul administratorului judiciar și cel al lichidatorului trebuie stabilită o anumită corelație, pentru ca primul să nu fie interesat îndeosebi de lichidare iar nu de reorganizare. Sub acest aspect, prin onorariu convenit practicianul în insolvență devine creditor al procedurii. Potrivit legii niciun creditor nu va primi mai puțin decât ar primi în caz de faliment, deci nici administratorul judiciar în ceea ce privește onorariul său față de ceea ce s-ar stabili ca onorariu pentru lichidator.

Trebuie avut în vedere și faptul că Ministerul Economiei și Finanțelor a emis Ordinul nr. 2410 din 17.12.2007 (M. Of. nr. 885 din 27.12.2007), privind aspecte de natură contabilă și fiscală referitoare la practicienii în insolvență, persoane fizice sau juridice, care își desfășoară activitatea în conformitate cu prevederile O.U.G. nr. 86/2006.

Secțiunea a 6-a. Administratorul special

§1. Dispoziții generale

Reglementarea instituției administratorului special a intervenit în Legea nr. 85/2006 ca urmare a posibilităților prea extinse, adevărate în practica judiciară, pe care reprezentanții legali, acționarii/asociații debitorului le aveau în fapt – urmare a unei tendințe manifestate de debitor și în favoarea reorganizării judiciare în reglementarea legală a procedurii sub imperiul Legii nr. 64/1995, de a tergiversa sau controla, cel puțin *sine die*, acte importante ale procedurii în defavoarea creditorilor. În legea veche, asociații/acționarii sau membrii ai debitorului persoană juridică nu numai că puteau să-și aleagă un reprezentant care să

le reprezintă interesele în procedură dar și adunarea lor generală era prevăzută expres ca participant distinct în procedură. Fiecăruia dintre aceștia trebuia să i se notifice actele importante ale procedurii (hotărârea de deschidere a procedurii, solicitarea de intrare în faliment și hotărârea în acest sens, propunerea de vânzare în bloc a bunurilor debitorului, etc.) și adeseori numărul lor era deosebit de mare, ceea ce atrăgea nu numai un volum de activitate substanțial dar și șanse crescute de tergiversare a procedurii pentru neîndeplinirea legală a procedurilor de **notificare**. Reprezentanților acționarilor/asociațiilor sau membrilor le era conferit chiar și dreptul de a propune desemnarea unui administrator, de a se consulta cu practicianul în insolvență cu privire la desfășurarea și administrarea procedurii, de a exercita orice drepturi ori atribuții pe care le putea exercita debitorul persoană fizică. Recurgerea, în procedură, doar la administratorul special, renunțându-se la calitatea de participant în general la procedură a adunării generale a acționarilor/asociațiilor sau membrilor debitorului, asociată cu o reconsiderare a atribuțiilor acestuia în mod adecvat scopului real al procedurii, constituie o reglementare nouă în legea insolvenței care contribuie în mod considerabil la derularea eficientă a acesteia.

Potrivit art. 3 pct. 27 din Legea nr. 85/2006 administratorul special este reprezentantul desemnat de adunarea generală a acționarilor/asociațiilor debitorului persoană juridică, să efectueze în numele și pe seama debitorului actele de administrare necesare în perioadele de procedură când debitorului i se permite să-și administreze activitatea și să reprezinte în procedură interesele acționarilor/asociațiilor/membrilor pe perioada în care debitorului i s-a ridicat dreptul de administrare.

§2. Desemnarea

Desemnarea administratorului special nu echivalează întrutotul cu schimbarea unui reprezentant al debitorului cu un altul. Administratorul special, spre deosebire de acționarii/asociații/membrii debitorului sau adunarea generală a acestora, care pot avea legătură cu procedura doar în mod incidental, este prevăzut expres de lege în calitate de participant la procedură. Potrivit art. 18 alin. (1) administratorul special este desemnat să reprezinte interesele debitorului și ale acționarilor/asociațiilor

lor/membrilor și să participe la procedură, pe seama debitorului iar după ridicarea dreptului de administrare să reprezinte doar interesele acționarilor/asociațiilor, debitorul fiind reprezentat în procedură de către practicianul în insolvență, care îi și conduce activitatea. Administratorul special nu este unul dintre organele care aplică procedura, nu trebuie confundat nici cu administratorul judiciar și nici cu administratorii debitorului prevăzuți de Legea nr. 31/1990 și reprezintă interesele debitorului doar în măsura în care acestuia din urmă nu i s-a ridicat dreptul de administrare, deci nu în toate fazele procedurii - cum s-a susținut în doctrina juridică.

Potrivit art. 3 pct. 26 din Legea nr. 85/2006, pentru desemnarea administratorului special, după deschiderea procedurii, practicianul în insolvență desemnat în cauză (cel desemnat de către judecătorul sindic, de regulă, sau, într-o etapă ulterioară cel ales în adunarea creditorilor) trebuie să convoace adunarea generală a acționarilor/asociațiilor/membrilor debitorului, în termen de 20 de zile de la deschiderea procedurii sau, dacă aceasta nu a fost însoțită și de ridicarea dreptului debitorului de a-și administra averea, de la ridicarea respectivului drept. Adunarea va fi prezidată de către practicianul în insolvență. **Convocarea** adunării și prezidarea ei de către practicianul în insolvență nu îi conferă acestuia, în continuarea procedurii, calitatea de participant. În lipsa unor distincții anume în cuprinsul legii, la alegerea administratorului special, în adunarea creditorilor se va avea în vedere majoritatea simplă a celor prezenți, iar nu a valorii participațiilor lor.

Înlocuirea administratorului special poate interveni în baza aceluiași criterii, în adunarea acționarilor/asociațiilor/membrilor. Organele care, potrivit art. 5 din Legea nr. 85/2006, aplică procedura insolvenței - în primul rând judecătorul sindic, nu au abilitatea legală de a se substitui voinței adunării menționate, dar pot în fapt să solicite înlocuirea acestuia, pentru motive întemeiate; în niciun caz judecătorul sindic nu va putea dispune exercitarea competențelor specifice reorganizării ale administratorului special, de către administratorul judiciar, cum s-a mai susținut în mod greșit în doctrină, pentru acesta din urmă legea prevăzând doar atribuții circumscrise supravegherii activității debitorului aflat în reorganizare.

Desemnarea în calitate de administrator special poate privi o persoană fizică sau juridică, asociat/ acționar/membru al debitorului său din exteriorul acestuia și se face pe cheltuiuala asociaților/acționarilor/membrilor debitorului. În cazul unei persoane juridice, atribuțiile acesteia trebuie să fie îndeplinite efectiv de către o persoană fizică din cadrul acesteia, care va fi indicată în dosarul cauzei. Organul statutar al debitorului poate să desemneze în calitate de administrator special pe unul dintre administratorii existenți sau să aleagă în această calitate o **persoană specializată** în conducerea societății în situații de criză, inclusiv din exteriorul acesteia – care este chiar de preferat și care ar trebui să se găsească și în rândurile practicienilor în insolvență, cu condiția să nu fie chiar practicianul desemnat în procedură, pentru a nu interveni un **conflict de interese**. Este important ca administratorul special să dețină experiență mai ales în cazul în care se dorește de către debitor propunerea unui **plan de reorganizare**, ipoteză în care adunarea asociaților/acționarilor/membrilor chiar ar trebui să desemneze administratorul special încă la momentul la care ia hotărârea de reorganizare, pentru a fi în temă, cu mențiunea că în procedură, acesta va începe să își exercite atribuțiile în mod legal după deschiderea procedurii, conform dispozițiilor exprese ale legii în acest sens. Numărul administratorilor speciali într-o cauză ar trebui supus prescripțiilor legale, care se referă la unul singur, fără a constitui, însă, o limitare expresă obligatorie. Mai mulți administratori speciali ar conduce la confuzie în contextul exercitării atribuțiilor de reprezentare. Desigur, în contextul exercitării conducerii în perioada de reorganizare, activitatea debitorului poate reclama, prin vastitate și complexitate, alegerea mai multor administratori, dar și o astfel de situație poate fi surmontată prin alegerea în această calitate a unei persoane juridice care dispune de personalul și infrastructura corespunzătoare.

În cazul în care administratorul, asociații/acționarii/membrii debitorului nu sunt de găsit în fapt, evident nu se poate numi un administrator special. Astfel, sunt posibile și cauze în care procedura să se deruleze și fără administrator special. Legea nu are în vedere prevederea unei sancțiuni pentru nedesemnarea unui administrator special ci, în principiu, desemnarea acestuia ori de câte ori aceasta este posibilă în mod obiectiv. De altfel, în cauzele în care nu se poate desemna un administrator

special se pune practic problema derulării **procedurii în forma simplificată**, în care administratorul special ar avea de exercitat drepturi/obligații mai restrânse și care oricum trebuie să revină efectiv administratorului judiciar, ca de altfel în toate situațiile în care nu se desemnează un administrator special.

Legea are în vedere în mod expres desemnarea administratorului special doar în cazul debitorului persoană juridică; debitorul persoană fizică se reprezintă singur în procedură, exercitând atribuțiile prevăzute pentru administratorul special în mod corespunzător.

§3. Atribuții

Dincolo de atribuțiile prevăzute expres și limitativ la art. 18 alin. (2), instituția administratorului special trebuie analizată în raport cu faptul că asociații/acționarii nu mai sunt, prin adunarea acționarilor sau asociaților, participanți la procedură, dispozițiile din actuala lege a insolvenței excluzându-i din derularea acesteia, precum și în raport cu regimul juridic aplicabil debitorului în derularea procedurii, acesta suportând succesiv ridicarea dreptului de administrare, dizolvarea, lichidarea bunurilor, astfel că aprecierea calității de participant a acestuia trebuie să țină cont de dispozițiile exprese ale legii sub aspectele arătate, de diminuarea capacității de exercițiu și de folosință a debitorului, etc. De exemplu, exercitarea conducerii debitorului implicând și administrarea averii acestuia de către administratorul special este prevăzută expres doar în cazul reorganizării pe baza planului confirmat [art. 103 alin. (2)]. Pentru **perioada de observație** dispozițiile din textul legii nu au în vedere expres o astfel de atribuție dar aceasta (măsura în care intervine sau nu în persoana administratorului special) se poate analiza pe cale de interpretare. Astfel, dispozițiile art. 18 alin. (1) teza I se referă doar la aspectul reprezentării ca obiect al mandatului administratorului special, în sensul că de la momentul deschiderii procedurii până la cel al ridicării dreptului de administrare al debitorului (în conținutul prevăzut de art. 47 alin. (1), cu mențiunea că ridicarea acestui drept poate interveni și odată cu deschiderea procedurii, administratorul special reprezintă interesele atât ale debitorului, cât și ale acționarilor/asociaților/membrilor acestuia și

participă la procedură pe seama debitorului. Sub toate cele trei aspecte este vorba de **reprezentare**, administratorul judiciar având de la organul statutar al debitorului (adunarea acționarilor/asociaților/membrilor) un mandat de reprezentare în sensul arătat [că este vorba de un mandat rezultă chiar din formularea art. 18 alin. (1) teza II și art. 3 pct. 30]. Desigur că în ceea ce privește enumerarea celor trei elemente de conținut ale reprezentării, participarea la procedură pe seama debitorului poate avea și o conotație distinctă de a celorlalte două și se materializează sub forma categoriilor de atribuții prevăzute expres de art. 18 alin. (2) [fără a include în acest context și atribuția prevăzută de art. 18 alin. (2) lit. e)] precum și a altor atribuții rezultând din cuprinsul legii. Tendința actuală este, în mod justificat, de a se aprecia în mod limitativ aceste atribuții; în orice caz, se vor avea în vedere nu doar acelea care rezultă în mod expres ci și acelea care rezultă cu caracter cert din lege. Dispozițiile art. 18 alin. (1) teza I nu prevăd nicidecum în atribuția administratorului special exercitarea dreptului de administrare (sau a dreptului de conducere) a debitorului în perioada de observație (în doctrină s-au exprimat opinii, în mod greșit – căzându-se în capcana interpretării superficiale a textelor de lege, în sensul că administratorului special îi revine efectuarea în numele și pe seama debitorului a actelor de administrare necesare în perioadele din **procedura generală** când debitorului nu i s-a ridicat dreptul de administrare, iar dacă s-a ridicat, reprezintă doar interesele debitorului în procedură). La o primă vedere s-ar putea interpreta că intervine o astfel de atribuție în raport cu dispozițiile art. 18 alin. (1) teza a II-a. Dar, în realitate, acestea prevăd doar că, în raport cu ridicarea dreptului de conducere al debitorului, reprezentarea debitorului trece la practicianul în insolvență, care dobândește și dreptul de conducere a debitorului iar mandatul administratorului special se reduce la reprezentarea intereselor acționarilor/asociaților/membrilor (cum ar fi, de exemplu, în cazul în care lichidatorul vinde mai multe dintre bunurile debitorului decât era necesar pentru plata creanțelor, la un preț mai mic decât al pieței, ceea ce încalcă dreptul acționarilor/asociaților/membrilor de a prelua bunurile rămase potrivit art. 133 lit. a). S-ar putea susține în acest context că dreptul de conducere al debitorului trece la practicianul în insolvență de la administratorul special dar ar fi total greșit, pentru că, de fapt,

textul de lege prevede la cine trece acest drept dar nu și de la cine. De asemenea, s-ar mai putea interpreta, tot la prima vedere, că în perioada de observație în atribuția administratorului special ar interveni exercitarea dreptului de conducere a debitorului și din dispozițiile art. 3 pct. 30, potrivit cărora ridicarea dreptului respectiv suspendă mandatul administratorului special sau al consiliului de administrație al debitorului, conducerea acestuia fiind preluată de către practician. În cazul acestor dispoziții, s-ar putea interpreta chiar că, în mod expres dreptul de conducere trece, într-una dintre ipotezele reglementate, de la administratorul special la practicianul în insolvență. În realitate, însă, nici de această dată nu poate fi vorba de așa ceva. Dispozițiile art. 3 pct. 30 au caracter general, având în vedere întreaga economie a legii, (atât perioada de observație cât și reorganizarea propriu-zisă); în raport cu acestea, dispozițiile art. 3 pct. 30 trebuie înțelese în sensul că dreptul de conducere trece de la cine îl deține – consiliul de conducere (care intră în procedură cu acest drept) în general sau administratorul special (în reorganizare) – la practicianul în insolvență. [Vorbim de consiliul de administrare/conducere iar nu și despre adunarea generală a acționarilor/asociațiilor/membrilor ca organ suprem de conducere, în primul rând deoarece în contextul procedurii, atât cât persistă în procedură administratorul special – și persistă până la închiderea falimentului, adunării respective nu i se poate suspenda "mandatul" pentru că administratorul special nu ar mai avea cui să îi reprezinte interesele potrivit art. 18 alin. (1) teza I]. Deci, cu excepția cazului reorganizării judiciare propriu-zise, în mandatul administratorului special nu intră și administrarea, conducerea debitorului sau transmiterea acestei atribuții la practicianul în insolvență. Este și firesc să fie așa deoarece formularea dispozițiilor legii este întotdeauna în sensul că dreptul în discuție se ridică debitorului (iar nu administratorului special sau consiliului de administrație). În același sens, nici atribuțiile enumerate la art. 18 alin. (2) nu prevăd exercitarea dreptului de administrare (în care se include cel de conducere) de către administratorul special decât în cazul reorganizării în baza planului confirmat. Opinia contrară, în sensul că administratorului special i-ar reveni în atribuții conducerea debitorului în perioada dintre deschiderea procedurii și ridicarea dreptului de conducere debitorului, este susținută în doctrină și prin faptul că însăși denumirea de „administrator special” își găsește justificarea

numai în măsura în care posedă și atribuții de administrare (altfel denumirea ar fi de „reprezentant special”); or, la acest nivel de analiză, trebuie avut în vedere că în denumirea respectivă nu intră doar termenul „administrator” ci și termenul „special” care, sub aspect juridic are și sens derogator de la înțelesul, conținutul comun, ceea ce înseamnă că administratorul special nu trebuie apreciat, nici în ceea ce privește atribuțiile, ca un administrator obișnuit.

Atât reprezentarea în procedură cât și administrarea/conducerea debitorului în timpul reorganizării constituie aspectele definitorii în ceea ce privește administratorul special. Asupra acestor aspecte vom mai reveni în secțiunea referitoare la efectele deschiderii procedurii, iar în ceea ce privește primul aspect menționat – la analiza reorganizării judiciare.

În privința ariei de exercitare a mandatului de reprezentare, din formularea art. 18 alin. (1) teza I și II rezultă că este vorba de reprezentarea în procedura insolvenței al cărei obiect este debitorul, în raport atât cu conținutul prevăzut de art. 18 alin. (1) cât și cel rezultând din atribuțiile enumerate la art. 18 alin. (2) [mai puțin lit. e)] și față de toți participanții la procedură. Față de terți, în afara procedurii, reprezentarea este realizată de către deținătorul dreptului de conducere, ca parte a acestui drept: consiliul de conducere, administratorul special, practicianul în insolvență, după caz – în funcție de etapa de procedură. (De remarcat că, nici continuarea activității potrivit art. 49 nu implică altfel decât în limita mandatului menționat pe administratorul special și intervine indiferent de ridicarea sau nu a dreptului de conducere).

În general conținutul mandatului administratorul special trebuie stabilit în raport cu prevederile Legii nr. 85/2006, cu completările posibile potrivit art. 149 din această lege.

Față de cele arătate apare ca fiind eronată opinia exprimată în doctrină, în sensul că în condițiile în care atât administratorul judiciar cât și administratorul special își exercită atribuțiile în raport cu debitorul, pentru a nu apare confuzii ar trebui reținut că administratorul judiciar reprezintă debitorul în raporturile cu terții, în timp ce administratorul special reprezintă interesele debitorului în cadrul procedurii; în raport cu cele arătate anterior, opinia exprimată nu poate fi reținută cu titlu de regulă.

De asemenea, nu este cazul să fie reținută nici opinia exprimată în doctrină, în sensul aprecierii administratorului special din procedura insolvenței prin prisma instituției administratorului special prevăzut în dreptul comun pentru domenii cum ar fi cel bancar, asigurări, etc. (O.U.G. nr. 137/2001, Legea nr. 503/2004, etc.) care are de gestionat o procedură de administrare specială distinctă. În Legea nr. 85/2006 în legătură cu administratorul special nu se reglementează o procedură de administrare specială, ci atribuțiile acestuia sunt afectate procedurii insolvenței în sine și, de asemenea, regimul juridic pentru administratorul special din procedura insolvenței este reglementat în mod diferit. O asemenea opinie se înscrie într-o tendință care produce confuzie, de apreciere a unei instituții reglementate în mod special nu prin analiza intrinsecă a acesteia, cum ar fi firesc, ci prin raportarea la alte instituții mai mult sau mai puțin asemănătoare, reglementate prin dreptul comun sau alte norme speciale.

*

Potrivit art. 18 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 administratorul special are următoarele atribuții:

a) Exprimă intenția debitorului de a propune un plan, potrivit art. 28 alin. (1) lit. h) coroborat cu art. 33 alin. (2).

În doctrină s-a interpretat că în textul legii exprimarea intenției debitorului de a depune un plan este aceeași cu intenția care constituie obiectul declarației, în sensul **reorganizării**, prevăzută de art. 28 alin. (1) lit. h), ceea ce înseamnă că administratorul special depune această declarație și, implicit este desemnat și își poate exercita atribuțiile încă de la acel moment. Dar, aceasta intră în contradicție cu prevederile art. 3 pct. 26, conform cărora adunarea care alege administratorul special se convoacă după deschiderea procedurii.

Susținerea este greșită. După cum s-a arătat anterior, debitorul care constată că se află în **stare de insolvență** va putea desemna și un administrator special încă de la momentul în care hotărăște că va depune cererea introductivă și un plan de reorganizare, dar nu există niciun dubiu de interpretare în sensul că exercitarea de către acesta a atribuțiilor specifice, în cadrul procedurii, se va putea realiza doar după deschiderea procedurii, în acest sens fiind dispozițiile exprese ale art. 3 pct. 26 și art. 18 alin. (1). Până la deschiderea procedurii debitorul nu

este supus cerințelor acesteia, formularea, respectiv, reprezentarea la judecata cererii introductive privind doar organele statutare ale debitorului cu atribuții de reprezentare. Administratorul special este un administrator afectat cu titlu special de către debitor procedurii derulate împotriva acestuia din urmă, despre care nu se poate vorbi până când nu este deschisă procedura.

Cuprinsul declarației prevăzută de art. 28 alin. (1) lit. h) – care se depune de debitor – nu trebuie confundat cu formularea „exprimarea intenției debitorului de a propune un plan” din art. 18 alin. (2) lit. a). Această formulare are în vedere în textul art. 18 alin. (2) lit. a) faptul că între deschiderea procedurii și până la propunerea efectivă a unui plan, se îndeplinesc unele acte de procedură, în special de către practicianul în insolvență, în care acesta trebuie să raporteze dacă debitorul are șanse de reorganizare, dacă se susține aceasta sau, dimpotrivă, dacă se impune trecerea la faliment. În perioada respectivă, în cazul în care debitorul intenționează să propună un plan, administratorul special va exprima această intenție în cadrul procedurii, în condițiile în care participă la procedură pe seama debitorului. Referirea din textul de lege în discuție la dispozițiile art. 28 alin. (1) lit. h) și art. 33 alin. (2) vizează faptul că posibilitatea de a depune un plan este condiționată de depunerea declarației, respectiv, de nerespingerea contestației debitorului împotriva cererii introductive a creditorului cu privire la care se face mențiune în dispozițiile respective.

b) Participă în calitate de reprezentant al debitorului la judecarea acțiunilor prevăzute la art. 79 și 80.

Potrivit art. 85 alin. (5) în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și 80 din Legea nr. 85/2006 au **calitate procesuală** pasivă debitorul și, după caz, cocontractantul său, iar debitorul este citat în calitate de pârât prin administratorul special. În cadrul reprezentării debitorului, administratorul special va putea să susțină apărările acestuia în cauza privind judecata acțiunii în anulare, să administreze probe și formuleze căile de atac legale.

Este de reținut că, în contextul în care și sub aspectul acțiunilor în anulare menționate, debitorul constituie obiectul procedurii iar în cadrul acesteia administratorul special participă pe seama debitorului, este exclus ca administratorului special să îi revină **legitimarea proce-**

suală în vederea formulării acțiunilor respective, chiar dacă s-ar putea aprecia că în raport cu art. 18 alin. (1) o astfel de legitimare s-ar justifica în interesul debitorului.

c) Formulează **contestații** în cadrul procedurii insolvenței.

În contextul în care în derularea procedurii se manifestă, mai mult sau mai puțin, **interesele contrarii** ale diverșilor participanți la aceasta, sub forma unor acte de procedură, măsuri, activități, etc. în raport cu caracterul contradictoriu al procedurii, legiuitorul a prevăzut referitor la o multitudine de cazuri și participanți la procedură, posibilitatea contestării pe calea formulării unor cereri, contestații.

În măsura în care, pentru debitor este prevăzută potrivit legii, în mod expres sau implicit, posibilitatea unor contestații, acestea vor fi formulate de către administratorul special, care sub aspect general reprezintă interesele și exercită toate drepturile care revin debitorului în procedură. De asemenea, trebuie avut în vedere că administratorul special reprezintă în procedură și interesele acționarilor/asociațiilor/membrilor debitorului astfel că, dacă legea prevede acestora posibilitatea formulării unor cereri, contestații, ele vor putea fi formulate în numele lor de către administratorul special.

În condițiile legii, atât în cazul debitorului cât și al acționarilor/asociațiilor/membrilor posibilitatea formulării cererilor, contestațiilor, de către administratorul special intervine indiferent de etapele procedurii sau de măsura în care a intervenit ridicarea sau nu a dreptului de conducere al debitorului.

d) Propune un plan de reorganizare.

Aceasta atribuție nu trebuie interpretată în sensul că administratorul special ar avea **legitimare procesuală** de a propune/depune în nume propriu un plan. În raport cu prevederile art. 18 alin. (1) teza I, administratorul special participă în procedură pe seama debitorului, deci de fapt planul este propus de debitor prin administratorul special. Altfel dispozițiile art. 18 alin. (2) lit. d) ar intra în contradicție cu prevederile art. 94 alin. (1) lit. a) conform cărora debitorul poate propune un plan iar nu administratorul special.

De asemenea, dispoziția în discuție nu are în vedere nici obligativitatea propunerii unui plan în orice cauză, ci doar în acelea în care o analiză corespunzătoare indică posibilitatea reorganizării.

e) Administrează activitatea debitorului, sub supravegherea administratorului judiciar, după confirmarea planului.

În doctrină s-a exprimat opinia că activitatea de administrare a administratorului special în reorganizarea judiciară este condiționată de păstrarea dreptului în acest sens de către debitor în perioada respectivă, nu și dacă acesta se ridică, deși reorganizarea continuă. Or, dreptul de administrare al debitorului poate fi ridicat încă din timpul perioadei de observație deci și la momentul la care, ca urmare a confirmării planului, debitorul intră în perioada de reorganizare și totuși nu se pune problema negării începerii perioadei respective. Este esențial greșit să se susțină că după începerea reorganizării se poate ridica dreptul de administrare al debitorului iar reorganizarea să continue. În realitate, legea prevede posibilitatea ridicării dreptului respectiv doar în condițiile în care se admite cererea de încetare a reorganizării și se dispune trecerea la falimentul debitorului (art. 105, 107).

Legea prevede expres [art. 103 alin. (2), (3) că pe parcursul (întregii) reorganizări debitorul își conduce activitatea, fiind condus de către administratorul special. Ceea ce nu rezultă la prima vedere din cuprinsul legii este măsura în care sub aspectul administrării/conducerii debitorului în timpul reorganizării este vorba de dreptul în sensul respectiv care i s-a ridicat sau nu acestuia în perioada de observație sau de punerea în executare și sub acest aspect a planului de reorganizare confirmat (art. 102); aprecierea în acest sens își are însă locul în contextul analizei instituției reorganizării judiciare, ca parte a procedurii insolvenței reglementată prin Legea nr. 85/2006.

f) După intrarea în faliment, participă la inventar, semnând actul, primește raportul final și bilanțul de închidere și participă la ședința convocată pentru soluționarea obiecțiunilor și aprobarea raportului.

Debitorul continuă și după trecerea la faliment și dispunerea dizolvării sale să constituie obiectul procedurii. După cum s-a arătat deja, atribuțiile în discuție nu constituie singurele intervenții în procedură din partea administratorului special pe seama debitorului în această etapă procedurală. Stabilirea masei active în procedura falimentului, precum și rezultatul acestei proceduri trebuie să fie opuse și reprezentantului debitorului, în condițiile în care și acesta trebuie să fie beneficiarul derulării transparente a procedurii. În formularea art. 129 alin. (1) se prevede expres doar posibilitatea creditorilor de a formula obiecțiuni la

raportul final. Totuși, trebuie avut în vedere că prevederea respectivă nu este însă în măsură să înlăture posibilitatea formulării obiecțiunilor și de către administratorului special, iar în același sens pot fi interpretate și prevederile art. 21 alin. (2) raportat la art. 24 din Legea nr. 85/2006.

g) Primește notificarea închiderii procedurii.

Din moment ce legiuitorul nu a făcut nicio distincție, această atribuție este prevăzută atât pentru acele puține cazuri în care debitorul subzistă închiderii procedurii [132 alin. (1), 134 alin. (1)] cât și în cazurile în care **închiderea procedurii** atrage **radierea** debitorului din registrul în care a fost înscris. Ca **act de procedură**, **notificarea** închiderii procedurii nu trebuie confundată cu comunicarea hotărârii prin care s-a dispus închiderea procedurii. În practica judecătorească debitorul este (sau trebuie) menționat în dispozitivul hotărârii de închidere și, prin urmare, acestuia i se comunică hotărârea respectivă, în funcție de care curge termenul de recurs. Notificarea închiderii procedurii – al cărei conținut constituie o înștiințare sub aspectul respectiv, care nu implică în mod obligatoriu remiterea totodată și a hotărârii de închidere, nu se confundă nici cu notificarea sentinței de închidere a procedurii la care se referă art. 135 din Legea nr. 85/2006, care nu este prevăzută a se efectua debitorului și care oricum are un scop specific, acela al efectuării mențiunii în registrul corespunzător. În acest context, justificarea prevederii atribuției în discuție rezultă cu mai puțină claritate din lege. Fără a omite posibilitatea ca dispozițiile art. 18 alin. (2) lit. g) să fie rezultatul unei insuficiente coroborări de către legiuitor a textelor din lege, notificarea închiderii procedurii pare a fi și lipsită de utilitate. Aceasta însă doar în raport cu participarea în procedură a administratorului special pe seama debitorului. Prevederea notificării este justificată însă în raport cu mandatul administratorului special de reprezentare în procedură a intereselor acționarilor/asociaților/membrilor. De altfel, dispoziții în acest sens s-au regăsit și în Legea nr. 64/1995.

*

Ca de atâtea ori în cuprinsul legii, și enumerarea atribuțiilor avută în vedere prin textul de lege menționat are caracter exemplificativ (enumerându-se mai mult categorii de atribuții) iar nu limitativ, din economia legii mai rezultând și alte ipoteze de exercitare a mandatului său de către administratorul judiciar.

Rolul administratorului special poate fi deosebit de important în situații hotărâtoare din procedură: întocmirea inventarului, evaluarea bunurilor, lichidarea acestora, etc. când pot apare contradicții între debitor și practicianul în insolvență.

Dispozițiile art. 1 alin. (1) nu au în vedere doar societăți comerciale în calitate de debitor în procedură ci și organizații cooperatiste, grupuri de interes economic, alte persoane juridice. În cuprinsul art. 18 alin. (1) se face referire la un moment dat doar la „societăți”. Ar putea aceasta însemna că legiuitorul nu a avut în vedere desemnarea administratorului special și pentru ipoteza acestora? Evident că nu, fiind vorba doar de o exprimare „uzitată” din partea legiuitorului, care a avut în vedere toate persoanele juridice enumerate la art. 1 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, în acest sens fiind prevederile art. 3 pct. 26 din această lege.

Capitolul al III-lea

Citarea și comunicarea actelor de procedură în procedura insolvenței

Secțiunea 1. Aspecte generale

Chiar dacă par a avea o importanță secundară, regulile privind citarea părților și comunicarea altor acte de procedură trebuie aplicate conform cerințelor legale. În caz contrar, consecințele în sens negativ pot fi, după caz, tergiversarea procedurii pentru refacerea actelor respective, respingerea recursului ca tardiv declarat, anularea acestuia pentru nemotivarea în termenul legal, casarea hotărârii recurate cu trimiterea pentru rejudecare, anularea deciziei instanței de recurs, etc.

În procedura insolvenței, în condițiile în care aceasta se prezintă ca o succesiune de proceduri/judecăți, acte, fapte citarea și comunicarea altor acte de procedură îndeplinesc, pe lângă menirea care rezultă în raport cu dreptul comun și funcția de asigurare a legăturii între elementele succesiunii menționate, susținând caracterul unitar al procedurii de ansamblu a insolvenței.

Problemele legate de interpretarea dispozițiilor legale referitor la citarea părților și comunicarea celorlalte acte de procedură au fost evidente încă de la intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995. Cauza acestor probleme a avut întotdeauna un caracter obiectiv, ținând de complexitatea deosebită a derulării procedurii, care poate implica, pe de o parte, nu numai procedurile vizând reorganizarea judiciară, falimentul sau acțiunea în atragerea răspunderii membrilor organelor de conducere, ci și o serie (care poate fi, uneori, substanțială) de opoziții, contestații, acțiuni privind situația juridică a unor acte ale debitorului și alte cereri, iar pe de altă parte și un număr mare de părți și toate acestea de multe ori chiar la același termen de judecată. În această situație, stabilirea cadrului procesual sub aspectul persoanelor care trebuie citate sau față

de care trebuie efectuată comunicarea celorlalte acte de procedură, astfel încât să se asigure contradictorialitatea, **dreptul la apărare** și alte cerințe legale, este adeseori un demers complicat.

În plus, Legea nr. 64/1995 nu oferea niciun mijloc de asigurare a publicității tuturor actelor de procedură relevante într-o cauză sau tuturor procedurilor existente la nivelul fiecărei instanțe sau la nivel național, atât față de părți, cât și față de alte persoane interesate, deși astfel de mijloace existau sub imperiul reglementării anterioare și sunt utile în mod obiectiv, indiferent de conținutul reglementării în materie.

Față de lipsurile menționate, care s-au conturat și în practica judiciară, legiuitorul a intenționat ca prin Legea nr. 85/2006 să clarifice aspectele referitoare la măsura în care există sau nu caracterul contencios pentru una sau alta dintre subprocedurile derulate, la stabilirea calității de parte în respectivele subproceduri, la regulile referitoare la citare sau la comunicarea celorlalte acte de procedură și excepțiile de la acestea, în scopul facilitării derulării formale a procedurii. Este pentru prima dată când în cuprinsul legii în materia insolvenței se regăsesc dispoziții sistematizate sub aspectul reglementării aspectelor privind modul de îndeplinire a actelor de procedură. Mijloacele utilizate de legiuitor în scopul respectiv au fost în primul rând formularea unor dispoziții normative în legea specială în materia insolvenței precum și reafirmarea instituțională a **Buletinului procedurilor de insolvență**, la care se va face referire în continuare.

Menționăm că în condițiile în care s-a încercat reglementarea unitară cu privire nu numai la acte de procedură specifice instanței dar și la acte de procedură care revin, de regulă, în sarcina practicienilor în insolvență, în contextul încercării de îndreptare și completare a Legii nr. 85/2006 pe calea modificării unui act normativ inferior, H.G. nr. 460/2005 prin H.G. nr. 1881/2006, fără a se asigura corelarea, coroborarea textelor de lege și în raport cu modul în care s-a înțeles formularea unora dintre dispoziții, în rezultatul intenției legiuitorului se regăsesc pe lângă dispoziții adecvate și o serie de texte de lege confuze și/sau contradictorii sub mai multe aspecte, a căror interpretare și aplicare nu oferă certitudine, cu consecințe negative asupra derulării procedurii.

Secțiunea a 2-a. Dispozițiile legale

O primă categorie o reprezintă dispozițiile din partea generală (Capitolele I și II) a Legii nr. 85/2006 (art. 7, art. 8, art. 3 pct. 29), care constituie în economia legii un așa-zis „drept comun” cu privire la citare și comunicarea actelor de procedură. În cadrul acestui „drept comun”, față de distincțiile făcute cu privire la procedura la fond, respectiv, recurs în art. 6, în continuarea căruia se află art. 7, precum și față de analiza coroborată a art. 7 și a art. 8, considerăm că prevederile art. 7 reglementează citarea și comunicarea actelor de procedură în procedura insolvenței în derularea acesteia la fond (cu mențiunea că dispozițiile din cuprinsul acestui articol referitoare la caracterul contencios sau necontencios al procedurilor sau la Buletinul procedurilor de insolvență – alin. (2), (5), (7) – sunt de referință generală). În consecință, cele ce se vor arăta în continuare în raport cu art. 7 se vor raporta la procedura în primă instanță.

Dispoziții privind citarea sau comunicarea actelor de procedură se regăsesc și în partea specială a legii, referitoare la cazuri individuale, a căror aplicare trebuie să se facă fie ținând cont de dispozițiile menționate în partea generală a legii [de exemplu, art. 75 alin. (2), art. 98 alin. (2), etc.] fie considerându-le având caracter de excepție [de exemplu, art. 57, art. 61 alin. (3), etc.].

De asemenea, mai prezintă o relevanță deosebită sub aspectul în discuție și dispozițiile H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006, privind Buletinul procedurilor de insolvență.

Secțiunea a 3-a. Proceduri contencioase și necontencioase

Potrivit dispozițiilor art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006 se citează în calitate de părți în procedurile contencioase reglementate în această lege numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorului sindic, în condiții de contradictorialitate, iar în toate celelalte cazuri se aplică dispozițiile Codului de procedură civilă

referitoare la procedura necontencioasă, în măsura în care nu contravin unor dispoziții exprese prevăzute în aceeași lege.

Dispozițiile menționate privesc în mod evident procedurile de judecată din cadrul procedurii insolvenței derulată în primă instanță (deci de la tribunal). S-ar putea considera, însă, că în raport cu aceste dispoziții și în recurs trebuie citate doar părțile referitoare la partea din hotărârea atacată care este în concret criticată prin motivele de recurs. De exemplu, în cazul unei hotărâri prin care s-a respins cererea formulată în baza art. 138 dar s-a dispus și închiderea procedurii, în recurs ar trebui citate doar părțile privind acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138 iar nu și celelalte părți din procedura propriu-zisă, pentru că doar soluția în raport cu acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138 a fost criticată prin cererea de recurs. Credem că într-un astfel de caz trebuie citate, totuși, toate părțile pentru că recursul vizează în mod formal întreaga sentință și are, deci, caracter contencios pentru toate părțile. Din cuprinsul dispozițiilor art. 7 alin. (2) rezultă că legiuitorul ia în considerare procedurile derulate în cadrul procedurii de ansamblu a insolvenței fie ca proceduri contencioase fie ca proceduri necontencioase. Nicăieri în economia legii nu se precizează, însă, în mod expres care dintre proceduri ar avea caracter contencios sau necontencios, existând în cel mai bun caz doar unele indicii sub acest aspect. Luarea în considerare a celor două categorii de către legiuitor nu a avut în vedere delimitarea conținutului lor definitoriu – ceea ce înseamnă că lămurirea lor sub aspectul respectiv se va face prin prisma dreptului comun – ci indicarea criteriilor de delimitare a cadrului procesual sub aspectul părților, în funcție de care se efectuează citarea.

Precizarea din textul de lege în sensul arătat era necesară, stabilind criteriile pentru delimitarea cadrului procesual, în ceea ce privește părțile, pentru oricare dintre cererile supuse judecătii. În lipsa ei, sub imperiul legii vechi, prima tendință era în sensul de a se cita pentru soluționarea oricărei cereri toate părțile existente în procedură la acel moment, deși nu toate aveau legătură cu drepturile sau interesele legale deduse judecătii prin acea cerere.

Trebuie apreciat că dispozițiile legale în discuție au caracter imperativ. Pentru sesizarea instanței cu o cerere (sau derularea unei proceduri) se va avea în vedere în mod obligatoriu să se menționeze în

mod expres în cerere, în mod corespunzător, de către partea care o formulează, dacă e vorba de o cerere cu caracter contencios sau necontencios, iar în primul caz și care sunt persoanele care au drepturi și interese, în condiții de contradictorialitate și în contextul specificului procedurii în materie, în legătură cu cererea respectivă.

Obligații în sensul arătat revin și instanței, deoarece există posibilitatea ca titularul cererii, din greșală sau din intenția de a omite din judecată unele părți, să nu indice bine, sub aspectul arătat, persoanele chemate în judecată. Într-o astfel de situație, în limita dreptului comun și a **principiului disponibilității** instanța va putea anula, respinge, etc. cererea sau mai mult, în raport cu dispozițiile art. 5 alin. (2) teza a II-a va putea dispune măsurile necesare judecării cererii în condițiile specifice procedurii, inclusiv cu privire la părțile care trebuie citate.

Caracterul contencios al cererii se analizează de la caz la caz, fiind de dorit ca practica judiciară să fie unitară. De remarcat că cele mai multe cereri posibile în procedură au caracter contencios, în condițiile în care există interese contrare nu numai între debitor și creditori dar și între aceștia din urmă.

Referirea din cuprinsul art. 7 alin. (2) teza a II-a nu are în vedere doar **citarea părților**, prin opoziție cu teza I, ci aplicarea tuturor regulilor de soluționare a procedurilor (cererilor) necontencioase, din Codul de procedură civilă, în măsura în care nu contravin prevederilor exprese din legea specială în materie.

§1. Procedurile contencioase

Acestea presupun formularea unei cereri și judecarea ei cu privire la un drept în contradictoriu cu altă/alte părți.

Potrivit art. 7 alin. (2) teza I pot fi în mod efectiv părți în procedurile contencioase numai persoanele ale căror drepturi sau interese sunt supuse spre soluționare judecătorului sindic, în condiții de contradictorialitate. Formularea textului de lege sub aspectul respectiv este mult prea generală pentru a constitui un criteriu cert. Supunerea (sesizarea) spre soluționare intervine prin formularea unei cereri în sensul respectiv, care, de regulă, trebuie să fie o cerere scrisă. Obligația formulării și motivării cererii revine și administratorului judiciar/lichidatorului. În

practică, aceștia încă mai înțeleg, în mod greșit, să formuleze și atunci când nu este cazul cereri în cuprinsul rapoartelor de activitate, considerând conținutul acestora drept motivare a cererilor.

Părțile în judecată ar trebui să rezulte în mod clar în primul rând din formularea cererii. De multe ori, însă, nu se respectă această cerință, din cauza complexității obiective a demersului în sensul stabilirii cadrului procesual sub aspectul părților, sau pentru că se consideră că elementele omise se regăsesc în dosarul cauzei, la care se depune cererea. Alteori, titularul cererii poate indica drept parte adversă o persoană care nu are o legătură cu dreptul sau interesul supus soluționării în măsură să impiețeze admiterea cererii. Aparent, într-o astfel de situație formularea textului de lege ar permite aprecierea că judecata este valabilă în ceea ce privește părțile, interpretându-se în sensul că se au în vedere drepturile și interesele exclusiv după cum au fost supuse spre soluționare de către titularul cererii formulate, în limitele acesteia.

Interpretarea textului ar trebui, însă, să ia în considerare potențialul caracter complex al procedurii insolvenței, de exemplu în legătură cu **caracterul colectiv**, sub aspectul implicării creditorilor cu interese reciproc contrare în legătură cu recuperarea creanțelor lor. Astfel, un creditor poate să conteste chiar cu **bună-credință** un drept în raport cu un alt creditor, dar admiterea **contestăției** să aducă atingere dreptului unui al treilea creditor, de exemplu sub aspectul cuantumului creanței sale, a ordinii de preferință, etc. Într-un astfel de caz ar apare ca fiind necesară interpretarea textului de lege în sensul că se au în vedere drepturi sau interese astfel cum acestea ar trebui să fie supuse soluționării în condițiile specifice legii în materia insolvenței. Aceasta ar implica posibilitatea judecătorului sindic de a interveni în sensul cenzurării cererii în ceea ce privește părțile chemate în judecată. Or, în raport cu principiul disponibilității părților o asemenea intervenție a instanței nu este permisă și, prin urmare, nu este cazul unei astfel de interpretări. De asemenea, lipsa legăturii pârâtului cu dreptul constituind obiectul sesizării poate fi și altfel sancționată în mod legal, prin respingerea cererii pentru lipsa **calității procesuale** pasive sau prin alte soluții similare. În plus, din întreaga economie a legii rezultă intenția legiuitorului de a institui în sarcina părților și, în general a persoanelor interesate de procedură, obligația de a se interesa și a se informa cu

privire la derularea acesteia, nu numai la instanță sau în raport cu practicianul desemnat în cauză, dar în primul rând prin intermediul Buletinului procedurilor de insolvență, în măsura în care este prevăzută publicarea actelor de procedură prin Buletinului procedurilor de insolvență. În acest fel, părțile sau alte persoane interesate, chiar dacă nu au fost chemate în judecată deși aceasta are legătură și cu dreptul sau interesul lor în procedură, vor ști că trebuie să intervină în judecata respectivă, formulând, de exemplu, o cerere de intervenție, contestație, etc. Altfel, suportarea riscului neinformării le revine în totalitate. Referitor la acest din urmă aspect trebuie avute în vedere, în sens limitativ, prevederile deciziei nr. 1137 din 04.12.2007 a Curții Constituționale, cu privire la care în cuprinsul lucrării se vor face referirile necesare.

Interpretarea în mod restrictiv a prevederilor art. 7 alin. (2) teza I, în sensul înlocuirii obligativității citării și a celorlalte părți în procedură – deci a tuturor părților – astfel cum ar reieși în baza Codului de procedură civilă, cu obligația celorlalte părți decât cele la care se referă dispozițiile menționate, de a se informa despre procedură, rezultă și din faptul că în partea specială a legii legiuitorul a avut în vedere doar cu titlu special, în anumite ipoteze, citarea și a „oricărei părți interesate” [de ex., art. 75 alin. (2), ca excepție de la regula din art. 7 alin. (2)]. În stabilirea cadrului procesual referitor la persoanele implicate în judecată este utilă și distincția dintre „participanți” și „părți” în procedura insolvenței.

§2. Procedurile necontencioase

Se referă, potrivit reglementării prevăzute de art. 331 și urm. C. proc. civ. la cererile pentru a căror dezlegare este nevoie de mijlocirea instanței dar fără să se urmărească stabilirea unui drept potrivit față de o altă persoană, precum sunt cele privitoare la darea autorizațiilor judecătorești sau la luarea unor măsuri legale de supraveghere, ocrotire ori asigurare. Practic, în cazul procedurilor necontencioase judecata cu privire la un drept se desfășoară în raport cu cel care face cererea și uneori și cu persoanele chemate înaintea instanțelor, dar nu în condiții de contradictorialitate.

În contextul în care dispozițiile art. 7 alin. (2) teza I cuprind și termenul „citare” vizat în întregul art. 7 s-a considerat, la prima vedere, că dispozițiile art. 7 alin. (2) teza a II-a referitoare la procedurile necontencioase ar urmări să reglementeze aspectul citării în cazul în care aceste proceduri se regăsesc în procedura insolvenței și, pornind de aici, s-a apreciat că dispozițiile art. 7 alin. (2) teza a II-a ar constitui o evidentă eroare a legiuitorului, din moment ce sunt formulate evident prin antiteză cu art. 7 alin. (2) teza I, în sensul că a pornit de la premisa greșită că în procedurile necontencioase nu s-ar face nicio citare. Or, o astfel de interpretare este eronată deoarece, în realitate, atât obiectul de reglementare al tezei I cât și cel al tezei a II-a se referă la stabilirea cadrului procesual privind părțile și doar pe cale de consecință și la citarea acestora.

Legiuitorul a avut în vedere prin dispozițiile art. 7 alin. (2) teza a II-a posibilitatea soluționării cu celeritate, fie și în Camera de consiliu, a unor cereri care nu presupun o judecată în contradictoriu cu atât mai mult cu cât, în măsura în care nu implică decât titularul cererii – de regulă practicianul în insolvență – problema citării nu mai este atât de complicată. (Practic, se are în vedere, îndeosebi, perpetuarea tendinței practicianului în insolvență de a merge oricând la judecătorul sindic pentru cereri care îl privesc exclusiv, iar nu și pe ceilalți participanți la procedură).

Cum era și necesar, s-a precizat că nu sunt aplicabile prevederile referitoare la procedura necontencioasă dacă acestea contravin unor dispoziții exprese din Legea nr. 85/2006.

În realitate, sunt puține în economia legii speciale în materia insolvenței, cazurile de procedură necontencioasă pentru a căror soluționare să nu se pună decât problema citării titularului cererii, fără a exista și persoane care trebuie chemate în fața instanței. Oricum, revine judecătorului sindic competența și obligația de a aprecia cu privire la caracterul contencios sau necontencios al unei cereri, asupra părților acesteia și citării lor, mai ales că în practică există tendința de a nu se formula cereri complete în ideea că sunt depuse la dosar, iar acesta conține și elementele lipsă.

Secțiunea a 4-a. Efectuarea citării/comunicării actelor de procedură. Regula. Excepțiile

Dispozițiile art. 7 alin. (1), (3) și (4) privesc modalitatea de efectuare a citării sau comunicării celorlalte acte de procedură, stabilind regula pentru efectuarea lor și excepții de la aceasta; o excepție este prevăzută și de dispozițiile art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006

De remarcat în primul rând că deși se regăsesc într-o secțiune referitoare la instanțele judecătorești, dispozițiile art. 7 se referă nu numai la citarea părților sau comunicarea altor acte de procedură ca atribuții proprii instanțelor ci la comunicarea oricărui act de procedură, deci și la comunicarea convocărilor sau notificărilor care revin, de regulă, în sarcina administratorului judiciar sau lichidatorului dar și altor participanți la procedură [de exemplu, comitetul creditorilor convoacă adunarea creditorilor în condițiile art. 13 alin. (3)].

Dispozițiile art. 7 alin. (6) prevăd că notificările, cu excepția cazului în care sarcina notificării aparține altor organe care aplică procedura, și convocările prevăzute de prezenta lege cad în sarcina administratorului judiciar sau a lichidatorului, după caz. Din formularea textului rezultă că doar notificările pot să fie și în sarcina altor organe care aplică procedura decât practicianul în insolvență, deși din chiar exemplul menționat mai sus, referitor la art. 13 alin. (3) rezultă că o astfel de posibilitate intervine și în cazul convocărilor, astfel că atunci când posibilitatea în sensul arătat nu a intervenit expres și convocarea cade în sarcina administratorului judiciar/lichidatorului.

Dispozițiile art. 7 alin. (1) teza I prevăd expres că citarea și comunicarea actelor de procedură se efectuează prin Buletinul procedurilor de insolvență, instituind regula sub acest aspect.

Ținând cont de termenii utilizați în cuprinsul art. 7, art. 3 pct. 29, prevederile H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 și de înțelesul rezultat în urma coroborării dispozițiilor menționate, rezultă că legiuitorul a avut în vedere comunicarea drept publicarea în Buletinului procedurilor de insolvență, iar ca acte de procedură – citarea, convocarea, notificarea, comunicarea hotărârilor judecătorești și a altor acte de procedură prevăzute de lege. Prin urmare, textul prevăzut de art. 7

alin. (1) teza I trebuie citit astfel: în procedura insolvenței comunicarea oricăror acte de procedură, înțelegând prin acestea citarea, convocarea, notificarea, comunicarea hotărârilor judecătorești și a altor acte de procedură prevăzute de lege se face de regulă prin publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență.

În formularea textului de lege, nu se menționează expres cuprinsul citației, comunicării, notificării, convocării sau măsura în care se are în vedere și comunicarea înscrisurilor care însoțesc uneori aceste acte de procedură. Dispozițiile art. 7 alin. (5) prevăd însă că formatul și conținutul-cadru ale actelor care se publică în Buletinul procedurilor de insolvență și ale dovezii privind îndeplinirea procedurii se stabilesc prin ordin al ministrului justiției și sunt utilizate în mod obligatoriu de toți participanții la procedură.

Referitor la aceleași aspecte, H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 prevede:

- potrivit art. 1 alin. (1) lit a) și b), se publică citațiile însoțite, după caz, de opoziții, recursuri, contestații, alte cereri, respectiv, comunicări și hotărâri judecătorești pronunțate în cadrul procedurii de insolvență.

- potrivit art. 1 alin. (5), prin convocare se înțelege și anunțul pe care administratorul judiciar are obligația să îl întocmească, iar în Buletinul procedurilor de insolvență nu se publică și documentele depuse în susținerea actelor de procedură prevăzute la art. 1 alin. (1) (citații, comunicări, hotărâri judecătorești, convocări, notificări sau alte acte de procedură).

- potrivit art. 1 alin. (6), conținutul – cadru al actelor care se publică în Buletinul procedurilor de insolvență și al dovezii de îndeplinire a procedurii de citare, comunicare, notificare, convocare se stabilește prin ordin al ministrului justiției, la propunerea Oficiului Național al Registrului Comerțului.

- dispozițiile art. 2-5 prevăd cuprinsul detaliat al citației, convocării, notificării și comunicării hotărârilor sau a altor acte de procedură, prevederile sub acest aspect constituind o preluare adecvată în mod corespunzător a dispozițiilor art. 88 alin. (1) C. proc. civ.

Prin dispozițiile art. 7 alin. (1) teza a II-a, art. 7 alin. (3) teza I din Legea nr. 85/2006 și, de asemenea, prin art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 sunt prevăzute expres excepții de la

regula prevăzută de art. 7 alin. (1) teza I, derogatorii de la aceasta și, prin urmare de prioritară aplicare, astfel:

- art. 7 alin. (1) teza a II-a: Comunicarea citațiilor, a convocărilor și notificărilor față de participanții la proces, al căror sediu, domiciliu sau reședință se află în străinătate, este supusă dispozițiilor Codului de procedură civilă.

Aceasta indiferent de stadiul derulării procedurii la fond sau calitatea în care cel citat participă în procedură. În formularea textului de lege nu se adaugă mențiunea referitoare la comunicarea și a „oricărui act de procedură” care se regăsește în art. 7 alin. (1) teza I. S-ar putea presupune că legiuitorul a vizat prin „comunicarea citațiilor, convocărilor sau notificărilor” și orice alt act de procedură, nefiind vorba de vreo omisiune a legiuitorului în cazul tezei a II-a? Considerăm că nu, deoarece față de formularea expresă, excepția este de strictă interpretare și aplicare, referindu-se doar la comunicarea citațiilor, convocărilor și notificărilor iar nu și la comunicarea hotărârilor judecătorești sau a altor acte de procedură prevăzute de lege, pentru care se aplică regula de la art. 7 alin. (1) teza I, respectiv publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență și în cazul participanților la proces care au sediul, domiciliul sau reședința în străinătate.

În cazul notificării deschiderii procedurii pentru creditorii cu domiciliul sau sediul în străinătate care au reprezentanți în țară, aceasta se va trimite celor din urmă [art. 61 alin. (2)]; dispozițiile art. 61 alin. (3) prevăd că notificarea deschiderii procedurii se realizează în conformitate cu Codul de procedură civilă dar se și publică în Buletinul procedurilor de insolvență și într-un ziar de largă circulație.

- art. 7 alin. (3): Comunicarea actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii și notificarea deschiderii procedurii se realizează conform Codului de procedură civilă. În cazul notificării menționate pentru creditorii care nu au putut fi identificați în lista prevăzută de art. 28 alin. (1) lit. c), aceasta se consideră îndeplinită dacă a fost efectuată prin Buletinul procedurilor de insolvență. Același sens al dispoziției respective este prevăzut și în cazurile la care face referire art. 57 din Legea nr. 85/2006, pentru ale cărei prevederi nu este adecvată interpretarea *per a contrario*, pentru că astfel s-ar împieta asupra înțelesului prevederilor art. 7, deși sunt aplicabile doar unei ipoteze individuale.

Pentru comunicarea oricăror acte de procedură, inclusiv citarea, care intervin anterior deschiderii procedurii propriu-zise nu se justifică recurgerea la Buletinul procedurilor de insolvență, ca instrument de publicitate a actelor de procedură deoarece utilizarea în mod specific a acestuia a fost avută în vedere de către legiuitor doar pentru actele de procedură care intervin în cazul și numai după deschiderea procedurii [art. 3 pct. 29, art. 1 alin. (4) din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006], cu excepția notificării procedurii. În lipsa unei proceduri deschise, este justificată recurgerea la dispozițiile dreptului comun. Textul de lege are în vedere comunicarea conform Codului de procedură civilă a tuturor actelor de procedură, în enumerarea arătată la art. 7 alin. (1) teza I, deci inclusiv comunicarea hotărârii de respingere a cererii de deschidere a procedurii, anterioare deschiderii procedurii.

Notificarea deschiderii procedurii nu trebuie confundată cu comunicarea hotărârii de deschidere a procedurii, în privința obiectului; de la momentul acesteia din urmă începe să curgă termenul de recurs și, fiind evident ulterioară deschiderii procedurii, se face prin publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență.

- art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006: Publicitatea actelor de procedură se efectuează conform dreptului comun în cazul soluționării de către instanțele judecătorești a acțiunilor privind situația juridică a unor acte ale debitorului și a acțiunilor privind atragerea răspunderii administratorului debitorului, introduse de administratorul judiciar sau, după caz, de lichidator.

Potrivit deciziei nr. 1137 din 04.12.2007 a Curții Constituționale, prima comunicare a actelor de procedură către părți trebuie să fie efectuată, în cazul acțiunilor menționate precum și în cazul altor acțiuni similare din procedură, nu numai potrivit Codului de procedură civilă, ci și prin Buletinul procedurilor de insolvență.

Deschiderea procedurii împotriva unei societăți tranzacționată pe o piață reglementată justifică înștiințarea promptă a Comisiei Naționale a Valorilor Mobiliare, pentru măsuri adecvate din partea acesteia, motiv pentru care legiuitorul a avut în vedere reglementarea acestui caz prin dispozițiile art. 7 alin. (4) din Legea nr. 85/2006, în sensul că judecătorul sindic va comunica hotărârea de deschidere și comisiei respective. Considerăm că deși legiuitorul a utilizat termenul „comunicare”

referitor la o hotărâre judecătorească, înțelesul acestui termen în cazul de față este doar acela de remitere a hotărârii, în scopul înștiințării despre aceasta a unei instituții care nu este parte în procedură, situație în care remiterea se poate face și printr-o simplă adresă, nefiind obligatorie modalitatea formală implicată de Codul de procedură civilă. Oricum, este exclusă comunicarea prin publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență.

În situația deschiderii **procedurii generale**, la cererea fie a debitorului fie a creditorului, precum și în cazul trecerii la faliment, inclusiv în cazul deschiderii **procedurii simplificate**, dispozițiile Legii nr. 85/2006 prevăd, potrivit art. 62, respectiv, art. 107-109, notificarea către creditori a unor termene stabilite în scopul derulării în continuare a procedurii cu celeritate. Dispozițiile art. 7 alin. (7) prevăd expres că creditorii care au înregistrat cereri de admitere a creanțelor sunt prezumați că au cunoștință termenele prevăzute la art. 62 ori la art. 107, art. 108 sau art. 109, după caz și nu vor mai fi citați.

Deoarece textul de lege nu distinge și cu privire la măsura în care nu vor mai fi citați creditorii în raport cu etapele procedurii insolvenței, deci cu privire la aria de aplicare a dispoziției în acest sens, s-ar putea interpreta că legiuitorul ar fi avut în vedere să nu mai fie citați creditorii de-a lungul întregii derulări ulterioare a procedurii.

Considerăm că o astfel de interpretare nu ar fi îndreptățită. Aceasta, deoarece legiuitorul a prevăzut în mod expres citarea creditorilor pentru perioadele din procedură ulterioară aceleia la care se referă actele procedurale vizate prin termenele despre care se prezumă că sunt cunoscute.

De altfel, prezumția prevăzută de art. 7 alin. (7) se bazează în ultimă instanță pe faptul că termenele respective constituie obiectul unei notificări sau a unei comunicări a unei hotărâri judecătorești, supuse publicării în Buletinul procedurilor de insolvență, precum și pe obligația creditorilor de a se interesa în procedură cu privire la cererea pe care au formulat-o. Prezumția poate fi luată în considerare pentru un creditor numai în raport cu înregistrarea în cauză a cererii acestuia de admitere a creanței, la registratura instanței sau în ședința de judecată, indiferent dacă cererea a fost depusă prin serviciul poștal, personal sau prin mandatar.

Formularea dispoziției prevăzute de art. 7 alin. (7) denotă, în raport cu economia prevederilor art. 7, un caracter special. Cum dispozițiile având acest caracter sunt de strictă interpretare și aplicare, trebuie reținut că prezumția și necitarea intervin în legătură doar cu actele de procedură la care se referă termenele menționate în art. 62 și art. 107-109 din Legea nr. 85/2006. Or, în majoritatea lor, actele de procedură respective constituie atribuții ale administratorului judiciar sau, după caz, ale lichidatorului pentru rezolvarea cărora aceștia nici nu erau în măsură să procedeze la citare, din moment ce citarea poate privi doar judecata și ține doar de atribuțiile instanței. Doar în raport cu art. 62 termenul prevăzut la alin. (1) lit. a) implică citarea, referindu-se la soluționarea **opozițiilor** creditorilor la încheierea (în textul de lege se are în vedere în mod greșit o „sentință”) de deschidere a procedurii pronunțate ca urmare a cererii introductive formulată de debitor. În acest caz, dispozițiile art. 32 alin. (2) prevăd expres citarea creditorilor care au formulat opozițiile. În raport cu prevederile art. 7 alin. (7) rezultă că pentru creditorii care au înregistrat cerere de admitere a creanței și au formulat și opoziție, aceștia nu vor mai fi citați pentru soluționarea opoziției de către instanță (judecătorul sindic). Din cauza acestui efect atipic și disproporționat în sensul minimal al aplicării dispoziției în sensul necitării, părea mai necesară în lege o referire la neconvocarea creditorilor respectivi de către administratorul judiciar sau lichidator pentru rezolvarea multiplelor atribuții care revin în sarcina acestora și la care se referă termenele din art. 62, art. 107-109, decât referirea la necitare, pentru a se justifica expres de ce practicianul în insolvență îndeplinește în lipsa creditorilor și a debitorului, atribuții importante pentru scopul procedurii, cum ar fi verificarea creanțelor, întocmirea tabelelor de creanțe, etc.

După ce a stabilit regula, potrivit art. 7 alin. (1) teza I și apoi a prevăzut, în ordinea derulării procedurii, cum se îndeplinește comunicarea actelor de procedură în faza incipientă, anterioară deschiderii procedurii propriu-zise, legiuitorul a continuat de aceeași manieră descriptivă în raport cu succesiunea etapelor procedurii, prevăzând în art. 7 alin. (8), că pentru publicarea citațiilor, convocărilor, notificărilor, după deschiderea procedurii se editează Buletinul procedurilor insolvenței în care se publică actele enumerate. Mențiunea „efectuate de instanțele judecătorești” din textul de lege este valabilă doar pentru citații, nu și pentru notificări sau convocări, care, de regulă, nu revin instanțelor. Lipsește și

în cuprinsul acestei prevederi legale o referire la comunicarea hotărârilor sau a altor acte de procedură prevăzute de lege, ceea ce considerăm că nu este o omisiune, pentru că sub acest aspect intervin în completare fie referirea din textul de lege următor [alin. (9)] privind publicarea (comunicarea) hotărârilor, fie regula instituită prin art. 7 alin. (1) teza I.

În ceea ce privește dispozițiile referitoare la citarea sau comunicarea actelor de procedură aflate în partea specială a legii, în legătură cu unele cazuri individuale, ele trebuie avute în vedere în mod distinct, în contextul procedurilor în care sunt aplicabile, urmând să fie analizate în secțiunile respective.

De asemenea, vor fi analizate separat și dispozițiile art. 8 din Legea nr. 85/2006, în secțiunea rezervată recursului.

Secțiunea a 5-a. Buletinul procedurilor de insolvență

Dispozițiile art. 7 alin. (8) din Legea nr. 85/2006 prevăd că în vederea publicării citațiilor, convocărilor și notificărilor actelor de procedură efectuate de instanțele judecătorești, după deschiderea procedurii insolvenței, se editează **Buletinul procedurilor de insolvență (BPI)** de către Oficiul Național al Registrului Comerțului. Textul de lege conține inexactitatea decurgând din faptul că, doar citațiile sunt efectuate de instanțele judecătorești, în timp ce notificările și convocările sunt avute în vedere a fi efectuate, de regulă, de către alți participanți la procedura insolvenței; inexactitatea se înlătură însă, cu ușurință în raport cu celelalte dispoziții din economia legii. De asemenea, se omite din enumerarea cuprinsă referirea în sensul publicării și a comunicărilor unor acte de procedură (cum ar fi hotărârile judecătorești). După cum s-a arătat și în secțiunea anterioară nu este vorba de o omisiune iremediabilă, sub acest aspect putându-se recurge în completare la dispozițiile art. 7 alin. (1) teza I sau alin. (9), precum și la dispozițiile H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 care prevăd expres că se realizează prin publicare în buletin și comunicările actelor de procedură, inclusiv comunicarea hotărârilor judecătorești pronunțate în procedura insolvenței. Acest din urmă act normativ reglementează conținutul, etapele, condițiile de finanțare, publicare și distribuire a Buletinului procedurilor de reorganizare judiciară și faliment, iar în ceea ce privește dispozițiile

referitoare la conținutul acestuia, ele au fost menționate în bună parte în secțiunea anterioară. Oricum, dispozițiile art. 7 alin. (8) nu trebuie înțelese ca fiind singura normă cu rolul de a institui buletinul în discuție. Dacă s-ar aprecia în acest sens s-ar putea interpreta că Buletinul procedurilor insolvenței este instituit doar pentru citare, convocări și notificări, nu și pentru comunicări, intrând astfel în contradicție cu restul dispozițiilor din art. 7 sau ale H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006. Practic, incluse în economia art. 7, dispozițiile din alin. (8) au rolul de a indica operațiunea de editare pentru publicare, sub aspectul descriptiv la care s-a făcut referire mai sus. Instituirea sub aspect legal a Buletinului procedurilor de insolvență intervine, practic, în raport cu toate prevederile din cuprinsul art. 7 din Legea nr. 85/2006.

Secțiunea a 6-a. Efectele publicării în Buletinul procedurilor de insolvență. Publicitatea

Prin publicarea actelor de procedură în Buletinul procedurilor de insolvență se îndeplinește nu numai scopul citării sau comunicării propriu-zise, individuale, în raport cu părțile, în sensul cunoscut din **dreptul comun**, sub aspectul înștiințării acestora despre proces, respectiv pentru marcarea momentului de începere a curgerii termenului pentru declararea căii de atac, etc. Se realizează, totodată, nu numai prin citații dar și prin publicarea celorlalte acte de procedură și o publicitate specifică a actelor de procedură respective, cu efecte juridice speciale și relevante pentru derularea procedurii, care înseamnă, practic, mai mult decât efectele intervenite în cazul citării prin publicitate prev. de art. 95 C. proc. civ. sau în cazul comunicării hotărârilor judecătorești conform dreptului comun. Sub aspect material, publicarea în buletin este, desigur, similară publicării actului de procedură într-un ziar de largă circulație potrivit art. 95 C. proc. civ., în ambele cazuri legiuitorul prezumând că mijloacele respective pot constitui o sursă de informare suficient de generală pentru a fi accesibilă persoanelor vizate. Scopurile/efectele sunt însă mai ample în cazul publicării în Buletinul procedurilor insolvenței. Un act de procedură – de exemplu, citarea –

efectuat în mod obișnuit sau prin publicitate potrivit dreptului comun are doar caracter individual, vizând doar persoana citată, însă publicarea oricărui act de procedură în Buletinul procedurilor de insolvență are pe lângă efectul arătat și consecințe juridice mai ample, în sensul care va rezulta în continuare din analiza dispozițiilor art. 7 alin. (2) și alin. (9) din Legea nr. 85/2006.

Potrivit dispozițiilor art. 7 alin. (9), publicarea actelor de procedură, inclusiv a hotărârilor judecătorești, în buletin înlocuiește de la data publicării acestora, citarea, convocarea și notificarea actelor de procedură efectuate individual, conform Codului de procedură civilă, față de participanții la proces, acestea fiind prezumate a fi îndeplinite la data publicării.

Față de formularea textului de lege, frapază și în acest caz faptul că deși se face vorbire și despre publicarea hotărârilor judecătorești, nu se menționează în mod expres înlocuirea și a comunicării efectuate individual a acestora față de participanții la proces. Aceasta în condițiile în care la data intrării în vigoare a Legii nr. 85/2006, erau în vigoare H.G. nr. 460/2005 care, potrivit art. 1 alin. (1) lit. d), prevedea expres că se publică în buletin și „comunicările hotărârilor judecătorești pronunțate în procedura insolvenței” iar potrivit art. 7 alin. (1) teza I din legea procedurii insolvenței se efectuează prin buletin și comunicarea oricăror acte de procedură, deci inclusiv comunicarea hotărârilor judecătorești. După cum am văzut, omisiunea comunicării intervine și în cazul art. 1 alin. (1) teza I și al art. 7 alin. (8), dar comunicarea oricărui act de procedură este prevăzută în cazul art. 7 alin. (3) teza I.

Totodată, prevederile art. 7 alin. (9) par să facă distincție între actele de procedură (citații, convocări notificări, etc.) pe de o parte și hotărârile judecătorești pe de altă parte.

Posibila interpretare în sensul că art. 7 alin. (9) nu s-ar referi și la comunicarea hotărârilor judecătorești deoarece legiuitorul ar fi avut în vedere efectuarea acestora conform Codului de procedură civilă, nu poate fi susținută, în raport cu prevederile art. 7 alin. (1), dacă considerăm și hotărârile judecătorești drept acte de procedură și chiar în raport cu dispozițiile exprese ale art. 7 alin. (9), dacă nu ar fi considerate astfel.

În același context s-a mai susținut că în cuprinsul art. 7 alin. (9) nu s-a menționat și posibilitatea înlocuirii comunicării individuale a hotărâ-

rărilor judecătorești, deoarece o astfel de comunicare nici nu este posibilă, nu există, din moment ce hotărârile judecătorești sunt supuse doar publicării în buletin, cu consecința unei publicități colective, nefiind avută în vedere de către legiuitor posibilitatea efectuării comunicării lor în mod individual, conform Codului de procedură civilă.

Lipsa în cuprinsul art. 7 alin. (9) a unei referiri ce ar apare ca firească, aceea privind înlocuirea și a comunicării hotărârilor efectuată individual, se justifică prin faptul inexistenței ipotezei, a posibilității comunicării individuale în paralel cu comunicarea hotărârilor prin publicare în buletin; practic, între varianta privind comunicarea individuală conform Codului de procedură civilă, respectiv aceea privind publicarea în buletin, doar una este posibilă și este evident că legiuitorul a avut în vedere doar publicarea în buletin. Prin urmare, publicarea în buletin a hotărârii, nu are ce să înlocuiască sub aspectul efectuării comunicării individuale potrivit Codului de procedură civilă, ca în cazul celorlalte acte de procedură [de exemplu, în cazul notificării prevăzute de art. 61 alin. (3)].

Or, susținerea în acest sens poate fi valabilă doar în ceea ce privește o parte a hotărârilor judecătorului sindic, și anume în cazul celor pronunțate în contextul aplicării regulei prevăzute de art. 7 alin. (1) teza I. După cum s-a arătat anterior, legiuitorul a prevăzut, însă și excepții de la regula menționată, care privesc și comunicarea hotărârilor, existând, prin urmare și hotărâri care trebuie supuse în primul rând comunicării individuale în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă, nu numai hotărâri supuse direct și exclusiv publicării în Buletinul procedurilor de insolvență.

Sub aspect practic, cele arătate mai sus se reflectă în faptul că o parte poate avea, potrivit legii, în legătură cu un act de procedură, o dublă calitate, una în raport cu care, din punct de vedere legal pentru efectuarea actului respectiv trebuie să se recurgă la Buletinul procedurilor insolvenței și o alta, care atrage efectuarea aceluiași act în conformitate cu dispozițiile Codului de procedură civilă. Teoretic, într-o asemenea ipoteză ar trebuie să se recurgă, pentru efectuarea actului de procedură (de exemplu, comunicarea unei hotărâri) față de partea în discuție, la ambele variante și să se aprecieze în raport cu fiecare dintre acestea valabilitatea îndeplinirii lor. Or, în raport cu prevederile exprese ale art. 7 alin. (9), din momentul în care actul de procedură se reali-

zează prin publicarea efectivă în Buletinul procedurilor insolvenței, practic nu mai prezintă relevanță realizarea sau nu a actului respectiv și în mod individual potrivit Codului de procedură civilă, această din urmă variantă fiind prezumată a fi îndeplinită la data publicării.

Pentru exemplificare, în legătură cu situația la care s-a făcut referire în paragraful anterior, indicăm ipoteza în care, prin aceeași hotărârea se soluționează acțiunea în atragerea răspunderii, formulată împotriva unui pârât și, totodată, se dispune și închiderea procedurii propriu-zise, în raport cu care același pârât a avut calitatea de creditor. În raport cu dispoziția de închidere a procedurii și cu prevederile art. 7 alin. (1) teza I față de calitatea de creditor în procedură, comunicarea hotărârii față de persoana în discuție trebuie să se efectueze prin Buletinul procedurilor de insolvență iar față de calitatea de pârât în raport cu dispozițiile art. 138, comunicarea trebuie efectuată conform Codului de procedură civilă potrivit art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006. Într-o astfel de ipoteză, din punct de vedere legal, este practic suficientă pentru o comunicare valabilă a hotărârii față de creditorul-pârâtă, publicarea hotărârii în Buletinul procedurilor insolvenței, pentru că, dacă acesta se realizează efectiv, în raport cu prevederile art. 7 alin. (9) nu este cazul să se mai ceară și dovada efectuării comunicării individuale. Publicarea valorează pentru partea respectivă o comunicare deplină, pentru acesta curgând de la data publicării, termenul de recurs atât în raport cu dispoziția de închidere a procedurii cât și cu dispoziția privind soluția pronunțată în baza art. 138 din Legea nr. 85/2006, ambele dispoziții ale hotărârii constituind obiectul aceleiași publicări.

În ipoteza arătată s-au avut în vedere părțile, conform modului de stabilire a acestora prevăzut de art. 7 alin. (2). Efectul publicării în Buletinul procedurilor de insolvență intervine însă, implicit și sub aspectul opozabilității față de ceilalți participanți la procedură sau față de alte persoane decât părțile astfel stabilite, care, altfel, ar putea să pretindă că publicarea în buletin nu le-a fost opozabilă, deși nu pot pretinde mai multe drepturi decât au chiar părțile direct implicate.

Practic, efectul publicității realizate prin buletin, intervine pentru fiecare act supus publicării (conform enumerării din art. 1 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006) și se manifestă față de toate persoanele implicate în procedură, chiar dacă nu toate au fost

menționate în actul respectiv. De la momentul publicării se consideră că toate aceste persoane trebuie să ia cunoștință despre actul supus publicării, începând să curgă, după caz, termenul de decădere, de recurs, etc.

A nu se da eficiență în mod corespunzător prevederilor din legea specială în materia insolvenței, sub aspectul efectelor publicării în Buletinul procedurilor de insolvență, recurgându-se în continuare în această privință la o interpretare limitată doar în raport cu dispozițiile Codului de procedură civilă, ar însemna ca instituirea buletinului menționat să nu constituie decât înlocuirea printr-un mijloc mai costisitor și mai greu de utilizat, a modalităților de citare și comunicare a actelor de procedură prevăzute de dreptul comun.

Realizarea în procedura insolvenței, a citării și comunicării altor acte de procedură în raport cu dispozițiile speciale existente se impune cu necesitate, așa cum se impune, de lege ferenda, și înlăturarea confuziilor din dispozițiile respective.

În actuala reglementare Buletinul procedurilor insolvenței pare, totuși, mai mult un experiment reglementat în mod incomplet și amatorist.

În contextul reglementării prevăzute de art. 7 din Legea nr. 85/2006 trebuie menționat că prin Decizia nr. 1137 din 4 decembrie 2007 **Curtea Constituțională** a admis excepția de neconstituționalitate a dispozițiilor acestui articol de lege în sensul că sunt contrare art. 24 și art. 53 din Constituție, în măsura în care se interpretează că prima comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se promovează o acțiune în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se realizează numai prin Buletinul procedurilor de insolvență, iar nu și potrivit Codului de procedură civilă. (Cu privire la considerentele acestei decizii, a se vedea, pe larg, în secțiunea „Citarea în recurs” din Capitolul „Recursul în procedura insolvenței”).

Prin decizia respectivă se recunoaște valabilitatea utilizării buletinului în cursul procedurii (după o primă notificare în ceea ce privește debitorul și creditorii, conform Codului de procedură civilă) inclusiv în cazul persoanelor (fizice sau juridice) chemate în judecată în cadrul unor acțiuni, dacă este îndeplinită condiția unei prime comunicări către acestea a actelor de procedură și potrivit Codului de procedură civilă.

Pentru exemplele menționate în cuprinsul considerentelor deciziei (acțiunile în baza art. 138 și art. 79-80, în ceea ce privește terții dobânditori și subdobânditori, aceasta dispune într-un sens mai restrâns chiar decât dispun prevederile art. 19 din H.G. nr. 1881/2006, în ceea ce privește comunicarea actelor de procedură potrivit Codului de procedură civilă, în condițiile în care aceste din urmă prevederi au în vedere efectuarea astfel a comunicării nu doar prima dată ci și în tot cursul judecății acțiunilor

Totodată decizia dispune și într-un sens mai extins și anume că, în plus, prima comunicare se realizează și prin Buletinul procedurilor de insolvență nu numai potrivit Codului de procedură civilă. Aceasta rezultă în mod expres din interpretarea literală atât a dispozitivului cât și a considerentelor deciziei menționate.

Curtea Constituțională nu a făcut referire în decizia în discuție la prevederile art. 19 din H.G. nr. 1881/2006. Aceasta nu înseamnă că prevederile respective nu mai sunt aplicabile. În acest context, în raport cu art. 7 din Legea nr. 85/2006, decizia nr. 1137 din 04.12.2007 și H.G. nr. 1881/2006, în cazul acțiunilor în discuție, persoanele chemate în judecată, altele decât debitorul și creditorii din procedura insolvenței propriu-zisă, comunicarea actelor de procedură ar trebui să se efectueze, în primă instanță, prima dată prin Buletinul procedurilor de insolvență și conform Codului de procedură civilă, iar în continuarea judecății să se facă doar potrivit Codului de procedură civilă.

Trebuie specificat că acțiunile cărora le sunt aplicabile dispozițiile deciziei nr. 1137 din 04.12.2007 pot fi mai multe decât cele exemplificate expres în cuprinsul acesteia (acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 138, respectiv pe dispozițiile art. 80 și următoarele din Legea nr. 85/2006.

Capitolul al IV-lea

Situația unor acte juridice ale debitorului

Două instituții juridice constituie obiectul acestui capitol corespunzător Secțiunii a 4-a din Capitolul III al Legii nr. 85/2006: acțiunile în anularea tranzacțiilor și **transferurilor de bunuri** din averea debitorului efectuate anterior deschiderii procedurii și în dauna creditorilor și, pe de altă parte, menținerea sau denunțarea contractelor (și a altor acte similare) în care debitorul este parte, încheiate de asemenea, anterior deschiderii procedurii și neexecutate în totalitate sau în mod substanțial de către toate părțile implicate.

Atât acțiunile în anulare cât și menținerea sau denunțarea unor contracte se referă, fiecare, la situația unor acte ale debitorului dar conținutul lor distinct justifică reglementarea și analiza separată.

Secțiunea 1. Acțiunile în anularea tranzacțiilor și transferurilor de bunuri din patrimoniul debitorului, care prejudiciază creditorii

§1. Aspecte generale

După ce se descoperă că **starea de insolvență** a unui debitor este inevitabilă (mai întâi chiar de către debitor și, de regulă, mai târziu și de către creditorii acestuia), până la momentul la care debitorul respectiv ajunge să constituie efectiv obiectul procedurii de insolvență (la cererea sa sau la cererea creditorilor) poate trece o perioadă de timp mai scurtă sau mai lungă, de la câteva săptămâni la câțiva ani, în funcție de diferite împrejurări care pot interveni în fapt. În anticiparea deschiderii, în baza legii, a procedurii insolvenței, în această perioadă, debitorul – prin reprezentanții săi, desigur – fiind primul care știe sau ar trebui să știe

despre inevitabilitatea insolvenței, are tendința, de multe ori pusă în practică, de a se abate de la modul onest de practicare a activității sale, trecând la săvârșirea unor acte și fapte care nu mai corespund unei activități curente normale, cum ar fi: ascunderea bunurilor față de creditorii, asumarea în mod artificial a unor obligații, favorizarea unora dintre creditorii în raport cu alții, efectuarea de donații unor persoane mai mult sau mai puțin apropiate. În acest fel se urmărește ca bunurile existente în patrimoniul debitorului să nu ajungă să servească, după cum ar fi normal, recuperării creanțelor împotriva acestuia ci să-i profite tot debitorului, în dauna creditorilor, astfel că la deschiderea procedurii se constată că averea debitorului este diminuată în mod substanțial. Astfel de acte, chiar dacă unele pot fi întru totul permise în condițiile unei activități normale – când nu se pune problema insolvenței pentru debitor, devin inacceptabile în contextul în care activitatea debitorului intră sub amenințarea instalării stării de insolvență, cu consecința deschiderii procedurii insolvenței, fiind prejudiciabile mai ales pentru **creditorii chirografari**, ale căror creanțe nu sunt garantate, fie sub aspectul reducerii masei bunurilor debitorului a căror contravaloare ar putea fi alocată creditorilor în contul creanțelor lor, fie în sensul că nu se mai asigură un tratament egalitar între creditorii respectivi.

Perioada în discuție a fost apreciată în doctrină și practica judiciară drept o **„perioadă suspectă”**, constituind perioada de timp anterioară deschiderii procedurii în care actele efectuate de debitor sunt suspectate a fi fost încheiate, cu intenție proprie sau la presiunea unor creditorii care au cunoștință despre iminența insolvenței, în scopul prejudicierii creditorilor, respectiv, a altor creditorii, în raport cu inevitabilitatea deschiderii procedurii.

Legiuitorul poate stabili un interval sau altul de timp anterior deschiderii procedurii drept perioadă suspectă, în legătură cu unul sau altul dintre actele cu privire la care prevede posibilitatea anulării, în funcție de natura și obiectul actului. **Acțiunea în anulare** va trebui să vizeze numai un act efectuat în intervalul respectiv de timp anterior procedurii, astfel cum este prevăzut de legiuitor iar nu și în afara acestui interval, în limitele căruia, practic, este încadrată suspiciunea asupra scopului vizat prin încheierea actului.

În fapt, pentru anumite acte încheiate de debitor în perioada suspectă, legiuitorul a considerat că acestea nu trebuie să producă efecte față de creditorii (**masa credală**) și că în cadrul procedurii insolvenței trebuie instituită o acțiune în anularea actelor respective mai simplificată decât acțiunea pauliană proprie dreptului comun.

Pentru eventualitatea efectuării unor acte de natura celor enunțate, este obligatoriu ca reglementarea procedurii insolvenței să prevadă un mecanism adecvat acesteia de readucere la masa averii debitorului a bunurilor a căror înstrăinare are o consecință prejudiciabilă pentru creditorii, de reîntregire a averii debitorului astfel încât și valoarea bunurilor respective să fie supusă distribuirii în condițiile legii și în special potrivit **ordinii de preferință legală**.

Nu este cazul ca prevederea legală a unui astfel de mecanism să fie criticată în sensul că ar conduce la insecuritatea relațiilor contractuale, a circuitului civil. O asemenea critică ar putea fi de înțeles în situația în care transferurile de bunuri intervin în contextul unei activități normale a debitorului. Or, în discuție sunt actele intervenite în perioada proximală, premergătoare deschiderii procedurii, în care activitatea debitorului începe să fie vexată de problema insolvenței și pentru care există o bănuială legitimă referitoare la efectuarea lor în vederea prejudicierii, fraudării interesului creditorilor, în sensul că aceștia se vor vedea în situația de a nu își mai putea recupera creanțele; aceste din urmă aspecte justifică verificarea, în cadrul procedurii insolvenței, a corectitudinii sau incorectitudinii față de creditorii a transferurilor respective.

Cele mai întâlnite tranzacții/transferuri de natura celor în discuție se înscriu în următoarele categorii:

a) transferuri în care este evidentă intenția debitorului de a frauda creditorii prin schimbarea situației de fapt și/sau juridice în care se află în mod obișnuit unele dintre bunurile acestuia (ascunderea, scoaterea lor din contextul obișnuit), cocontractantul cunoscând această intenție. În mod evident, în cazul ambilor contractanți intervine voința subiectivă de a fraudă creditorii. Stabilirea întinderii perioadei anterioare deschiderii procedurii pentru care astfel de transferuri pot fi anulate rămâne la latitudinea legiuitorului.

b) transferuri către o terță persoană cu o cauză inadecvată (contraprestația nu este echivalentă, ci mai redusă); intenția de fraudare este

prezumată când transferul este neechilibrat, fiind efectuat fără contra-prestație egală. Sunt astfel de transferuri, de exemplu, liberalitățile, cum ar fi iertarea de la plata unei datorii.

Legea prevede o perioadă maximă, calculată în urmă de la deschiderea procedurii, în raport cu care astfel de transferuri pot fi anulabile. Legiuitorul nu a urmărit să impună în acest context și condiția referitoare la stabilirea în concret a măsurii în care debitorul s-a aflat în stare de insolvență sau pe cale de a intra în insolvență la momentul realizării unui transfer în fraudă creditorilor.

c) transferuri efectuate în mod intenționat către un creditor, care astfel se bucură de un tratament preferențial, deasupra celorlalți. Când un debitor acordă un beneficiu unui anumit creditor care nu avea legal dreptul la acel beneficiu, este evidentă conduita preferențială iar actul este anulabil.

d) transferuri derulate în mod obișnuit cu creditorii, care nu includ aspectul intenției, cum ar fi, de exemplu, plata către un creditor înainte sau după data scadenței, efectuată însă la un moment așa de apropiat de data deschiderii procedurii (30-90 de zile), încât față de acest aspect se impune reținerea prezumției în sensul că la momentul realizării ei creditorul plătit a primit astfel un tratament preferențial, deoarece la acel moment debitorul era cel mai probabil în insolvență, context în care nu trebuie plătit un creditor iar alții nu, neavând relevanță dacă sub alte aspecte transferul a fost normal. Legiuitorul ar fi putut impune pentru această categorie de acte și condiția ca acela care a fost plătit astfel (creditorul) să fi știut că debitorul este în stare de insolvență.

De reținut însă că nu se justifică totuși anularea plăților făcute, de exemplu, după ce debitorului i s-au livrat mărfuri în cadrul unor schimburi obișnuite sub acest aspect, dar trebuie anulate eventualele plăți făcute anticipate pentru astfel de mărfuri livrate.

Simplul fapt că un transfer poate fi inclus într-una din aceste categorii nu conduce în mod automat la anularea lui, în acest scop trebuind să fie promovată o acțiune în anulare. Aprecierea oportunității formulării acesteia revine **practicianului în insolvență** (administratorul judiciar sau lichidatorul, după caz) desemnat în procedură, pentru că, în primul rând, acestuia îi revine obligația de a urmări maximizarea valorii averii debitorului; în plus, acestuia îi revine și atribuția în sensul verificării

situației debitorului, astfel că poate afla despre existența actelor anulabile).

O astfel de obligație poate însă și să limiteze voința administratorului judiciar/lichidatorului de a formula acțiunile în anulare (de exemplu, în cazul în care costul lor se adevărește că ar fi mai mare decât ceea ce s-ar putea recupera pe această cale, s-ar scade de fapt valoarea averii debitorului, iar acest considerent ar trebui să justifice nepromovarea acțiunilor. În raport cu o astfel de ipoteză, s-a avut în vedere de către legiuitor prevederea, în subsidiar, a posibilității formulării acțiunii de către comitetul creditorilor, în condițiile în care exista și alternativa prevederii în lege a posibilității de a se obține de către creditorii o hotărâre prin care judecătorul sindic să oblige practicianul în insolvență să promoveze o astfel de acțiune.

§2. Reglementarea acțiunii în anulare în procedura insolvenței

În Legea nr. 85/2006 mecanismul procedural specific vizând readucerea în averea debitorului a bunurilor înstrăinate de acesta în dauna creditorilor este reglementat prin dispozițiile art. 79-85.

2.1. Categoriile de acțiuni în anulare

În ceea ce privește acțiunea în anulare în sine, ca instituție juridică, aceasta rămâne, desigur, una și aceeași, diferite fiind de fapt actele vizate pentru anulare și regimul juridic aplicabil în acest scop.

Dispozițiile art. 79 și art. 80 din Legea nr. 85/2006 prevăd în mod separat posibilitatea pentru administratorul judiciar/lichidator de a formula acțiuni în anulare, în funcție de categoria de acte de transfer de bunuri din averea debitorului efectuate în dauna creditorilor avută în vedere.

2.2. Reglementarea acțiunii în anulare potrivit art. 79 din Legea nr. 85/2006

Potrivit dispozițiile art. 79 administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul sindic acțiuni pentru anu-

larea actelor frauduloase încheiate de debitor în dauna drepturilor creditorilor, în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii.

Textul de lege este prevăzut pentru formularea în general a acțiunilor în anulare și reclamă aplicarea mai mult a dreptului comun decât a dispozițiilor art. 80 din Legea nr. 85/2006, care sunt cu adevărat specifice materiei insolvenței. Asupra analizei dispozițiilor art. 79 se va reveni în continuare, prin raportare la dispozițiile art. 80 din Legea nr. 85/2006.

2.3. Reglementarea acțiunii în anulare potrivit art. 80 din Legea nr. 85/2006

Potrivit dispozițiile art. 80 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar sau, după caz, lichidatorul poate introduce la judecătorul sindic acțiuni pentru anularea constituirilor ori transferurilor de drepturi patrimoniale efectuate către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor prin următoarele acte:

a) acte de transfer cu titlu gratuit, efectuate în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii; sunt exceptate sponsorizările în scop umanitar.

În cazul în care transferul gratuit de drepturi patrimoniale, deși s-a realizat în cadrul perioadei de 3 ani, se dovedește că a intervenit în condițiile derulării de către debitor a unei activități normale, în care nu se pune problema insolvenței, trebuie apreciat că actul prin care s-a realizat transferul s-a încheiat în cursul derulării normale a activității curente a debitorului astfel că nu va putea fi anulat.

În schimb, efectuate în perioada suspectă (a cărei durată în acest caz este stabilită la 3 ani), toate actele de transfer a unor bunuri imobile sau mobile (drepturi patrimoniale) efectuate cu titlu gratuit nu sunt compatibile, sunt contrare insolvenței, stării de incapacitate de plată, de lipsă a disponibilităților bănești, contravin activității care ar trebui în mod corespunzător situației să fie desfășurată (iar nu naturii activității), conducând la micșorarea averii debitorului în dauna creditorilor. Nu este vorba deci de o apreciere generală în sensul că actele cu titlu gratuit sunt în sine nepotrivite cu natura speculativă a activității comerciale, ci de o rațiune mai concret specifică materiei insolvenței. Legiuitorul a

prezumat că în condițiile respective actul este încheiat în fraudă creditorilor, care urmăresc să evite un prejudiciu (în timp ce debitorul dorește să scoată bunul de sub viitoarea urmărire din partea acestora, iar beneficiarul actului gratuit să își mărească patrimoniul). În formularea textului de lege aspectul fraudulos privind încheierea actului a fost diluat în cuprinsul descrierii actului vizat, astfel că nu mai este prevăzut expres, ca element în sine supus probării. Această idee implică și faptul că încheierea în condițiile respective s-a făcut de către debitor cu încălcarea legii, dat fiind că plata creditorilor și păstrarea averii în acest scop, iar nu gratificarea unor terți constituie pentru debitor o obligație legală.

În acest context, nu e de reținut opinia că în conformitate cu dreptul comun liberalitățile sunt supuse revocării iar la încheierea lor nu s-ar încălca legea, astfel că admiterea acțiunii ar trebui să atragă revocarea actului iar nu anularea acestuia, această opinie rămânând cantonată sub aspectul analizei doar la nivelul dreptului comun, fără să ia în considerare aspectele specifice din materia insolvenței. Chiar dacă încheierea actului s-a făcut cu respectarea condițiilor legale de valabilitate din dreptul comun, în sensul respectiv s-ar putea ajunge doar la concluzia că actul nu ar putea fi anulat, ci revocat decât dacă încheierea lui a intervenit în cadrul derulării unei activități normale a debitorului, când sunt aplicabile exclusiv dispozițiile dreptului comun; dar, din momentul în care în analiza situației debitorului devine incidentă insolvența, nu se mai poate aprecia activitatea debitorului ca fiind normală și devin aplicabile în mod prioritar regulile și raționamentele specifice reglementării insolvenței referitoare, în speță, la anularea actului.

Prin actul cu titlu juridic gratuit o persoană își micșorează patrimoniul pentru a o îmbogăți pe alta, se transmite un folos material fără a se urmări obținerea altuia (a unei contraprestații) în schimb. Legiuitorul a avut în vedere mai mult liberalitățile (prin care cel care dispune își reduce averea în măsura folosului material transmis) dar nu a exclus și actele dezinteresate (cum ar fi comodatul, depozitul gratuit, etc.), dacă sunt îndeplinite și condițiile prevăzute în paragraful 1 al art. 80 (deși prin actele dezinteresate de regulă se procură celui alt un avantaj patrimonial, fără micșorarea patrimoniului propriu).

Sunt acte la care se referă art. 80 alin. (1) lit. a), de exemplu, donațiile, sponsorizările în scopuri neumanitare.

Astfel de acte pot fi și donațiile deghizate (renunțările la drept fără un contraechivalent, stipulația pentru altul, remiterea de datorie), voluntariatul, etc.

Este evident că se au în vedere atât acte comerciale cât și civile ale debitorului (sau de altă natură).

Nu sunt vizate prin dispozițiile art. 80 alin. (1) lit. a) din Legea nr. 85/2006 sponsorizările în scop umanitar, potrivit mențiunii exprese din textul de lege. Este discutabil dacă intră în categoria prevăzută de art. 80 alin. (1) lit. a) și mecenatul sau chiar comodatul și orice acte care doar aparent sunt cu titlu gratuit, în realitate fiind vorba de un act interesat, într-un fel sau altul. Ar fi impropriu să se accepte că deși aflat în insolvență, debitorul face astfel de acte chiar dacă în primul rând ar trebui să-și respecte obligațiile față de creditori.

În cazul donației, dacă a fost nu numai încheiată dar și integral perfectată înainte de cei trei ani anteriori deschiderii procedurii, nu va fi anulabilă. De asemenea, în categoria donațiilor trebuie reținute și darurile manuale.

Calificarea juridică a actului cu privire la măsura în care este sau nu este cu titlu gratuit se face de către instanță (judecătorul sindic). Se pot adevăra că acte cu titlu gratuit în dauna creditorilor nu numai cele evidente, cum ar fi contractul de donație dar și toate actele care ascund o liberalitate: o tranzacție încheiată de debitor și de cel gratificat în scopul realizării unei liberalități, recunoașterea unei datorii inexistente, iertarea de datorie, donații deghizate sub forma unor acte oneroase, etc.

b) operațiunile comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită, efectuate în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii.

Sunt avute în vedere actele și contractele de comerț cu caracter comutativ în care prestațiile reciproce nu sunt în echilibru ci, dimpotrivă, în dezechilibru, prestațiile debitorului aflat în insolvență – fie că sunt în numerar fie de altă natură – întrecând cu mult contraprestația celuilalt. Nu este vorba de orice dezechilibru ci despre situația în care prestația debitorului depășește vădit, adică întrece cu mult, pe aceea pe care o primește de la celălalt. Diferența poate fi și atât de mare încât să fie vorba practic de un act cu titlu gratuit dar și nesemnificativă, nevădită, caz în care actul nu este anulabil. Ce se înțelege în concret

prin sintagma „depășește vădit” ține de aprecierea în fapt de la caz la caz, iar această apreciere este lăsată la latitudinea instanței, care va avea în vedere valoarea prestațiilor din momentul executării.

Rațiunea este că debitorul își poate permite să nu obțină o contra-prestație echivalentă doar în condițiile în care își execută integral propriile obligații, iar nu și în contextul în care intră sub incidența insolvenței iar bunurile sale nu mai sunt suficiente în acest scop. Un contract cu un dezechilibru vădit între contraprestații, în defavoarea debitorului, contravine ordinii legale de preferință la plată a creditorilor și indică un folos necuvenit pentru cocontractant.

Nu intră în această categorie de acțiuni, actele aleatorii (deși și în cazul acestora s-ar putea stabili o disproporție între prestații), înțelese în definiția lor juridică, dacă survin în cadrul derulării activității normale.

Chiar dacă oferă aparența încheierii valabile în raport cu prevederile dreptului comun, actele în discuție – dezechilibrate sub aspectul prestațiilor – se impun a fi anulate față de faptul că prin executarea lor se încalcă ordinea legală a creanțelor și, în consecință, a creditorilor, fiind evident, totodată, că acest dezechilibru indică reaua-credință din partea creditorului, care beneficiind de prestația mai mare a obținut o poziție avantajoasă.

Pentru admiterea acțiunii trebuie probate corespunzător elementele indicate de textul de lege [art. 80 alin. (1) lit. b)] sub aspectul descrierii actului: să fie vorba de operațiuni comerciale cu caracter comutativ, să fie încheiate în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii, valorile date sau obligațiile asumate de debitorul în insolvență să întrecă cu mult ceea ce i s-a dat sau promis.

De asemenea, trebuie să fie îndeplinite corespunzător condițiile rezultând din parag. 1 al art. 80.

Astfel de acte vor fi considerate a fi efectuate în fraudă creditorilor (este vorba de o **prezumție relativă de fraudă** – *iuris tantum*, fiind considerate frauduloase și păgubitoare până la proba contrară) și, în lipsa administrării probei contrare din partea pârâților, vor fi anulate. Legiuitorul a considerat că dezechilibrul prestațiilor indică fraudă debitorului insolvent precum și a celui alt, care profită de **starea de insolvență** a debitorului, precum și păgubirea în acest mod a creditorilor.

Nu credem că sub aspectul probării în sine legiuitorul ar fi avut în vedere și leziunea, ca viciu de consimțământ, cum s-a mai susținut. Se vor avea în vedere îndeosebi caracterul comutativ al actului și defavorizarea debitorului prin dezechilibrul disproporționat al contraprestațiilor. Cealaltă parte din operațiunea comercială nu poate urmări menținerea actului pretinzând că nu a cunoscut starea de insolvență în care se găsea debitorul, deoarece nu o astfel de stare este aceea care indică fraudă ci disproporția prestațiilor.

c) acte încheiate în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii, cu intenția tuturor părților implicate în acestea (concert fraudulos) de a sustrage bunuri de la urmărirea de către creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile.

Este vorba de acte care îndeplinesc și condițiile prevăzute în par. 1 al art. 80, în cazul cărora a intervenit din partea tuturor părților – debitorul și, respectiv, cocontractantul – intenția de a sustrage bunurile de la urmărirea de către creditori sau de a le leza în orice alt fel drepturile. Aceasta implică faptul că nu numai debitorul dar și partenerii acestuia la încheierea actului au cunoștință despre insolvența debitorului; desigur același efect va interveni și în cazul în care actul s-a încheiat de către debitor cu altă societate, dar la ambele sunt aceiași asociați.

d) acte de transfer de proprietate către un creditor pentru stingerea unei datorii anterioare sau în folosul acestuia, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii; dacă suma pe care creditorul ar putea să o obțină în caz de faliment al debitorului este mai mică decât valoarea actului de transfer.

Se are în vedere situația în care, după încetarea plăților, o datorie ajunsă la scadență este plătită altfel decât prin sume de bani sau efecte de comerț (cambii, cecuri) – de exemplu printr-un act de dare în plată, încheiat în condițiile rezultând din textul de lege, plata făcându-se printr-un bun, deci printr-o altă contraprestație decât aceea datorată inițial. În doctrină, s-a apreciat că poate fi vorba și de o novație prin schimbare de obiect, în raport cu momentul încheierii actului translativ – dar darea în plată este cunoscută ca mod de stingere a unei datorii iar legiuitorul se referă expres la aceasta, în timp ce novația este un mod de modificare a obligației. Fraudarea creditorilor se prezumă chiar numai în raport cu plata anormală respectivă, cel care primește o astfel de

plată fiind suspectat că urmărește să eludeze regulile procedurii insolvenței. Presunția este tot relativă, putând fi răsturnată (prin probarea unei-credințe sau a lipsei de păgubire a creditorilor) în raport cu dispozițiile art. 85 alin. (3), care implică posibilitatea probei contrare.

Calcularea sumei se face în raport cu ipoteza în care falimentul nu ar implica în averea debitorului și bunul dat în plată. Acest aspect poate fi greu de probat, implicând cunoașterea averii debitorului și efectuarea unei proiecții ipotetice a derulării falimentului debitorului dar proba poate fi și facilă în cazul în care bunul dat în plată era singurul sau printre puținele din averea debitorului iar creditorii sunt în număr restrâns. Suma trebuie să fie, de asemenea, în mod vizibil iar nu doar insignifiant mai mică. Un astfel de act avantajează unul dintre creditorii, căruia i se dă în plată bunul în schimbul creanței lui, în dauna celorlalți creditorii. Semnificative sunt și aspectele privind faptul că datoria acoperită prin dare în plată e anterioară perioadei suspecte de 120 de zile, măsura în care datoria era sau nu exigibilă, proximitatea deschiderii procedurii.

e) constituirea sau perfectarea unei garanții reale pentru o creanță care era chirografară, în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii.

Proximitatea deschiderii procedurii prezintă relevanță și în acest caz. Dacă creditorii sunt chirografari, constituirea de către debitor, în perioada de 120 zile anterioară deschiderii procedurii, pentru unul dintre aceștia, a unei garanții reale (gaj, ipotecă) va dauna în mod evident posibilității de recuperare a creanțelor celorlalți creditorii, în condițiile în care creanțele garantate, spre deosebire de cele chirografare, se îndestulează cu prioritate și integral din bunul adus în garanție. **Creditorii chirografari** au tendința, atunci când află despre insolvența debitorului lor, să încerce să-și îmbunătățească situația privind șansele de recuperare a creanțelor. Practic un astfel de act este similar celui reprezentat de plățile anormale [menționat mai sus la lit. d)].

Prin astfel de acte, debitorul își micșorează averea, dar creditorul nu își mărește patrimoniul în detrimentul acestuia. Practic, actul nu este oneros pentru debitor, dar nici cu titlu gratuit pentru beneficiar.

Din formularea art. 80 alin. (1) lit. e) rezultă că legiuitorul a avut în vedere pentru anulare doar constituirea/perfectarea ulterioară a garan-

țiilor reale pentru o creanță anterioară (chirografară) iar nu și în mod concomitent cu nașterea creanței. Care este justificarea diferențierii pe care legiuitorul o face între garanțiile constituite odată cu nașterea creanței și a celor constituite pentru datorii anterioare? Constituirea unei ipotece odată cu creanța nu generează neegalitate de tratament sau prejudicierea creditorilor, ba chiar aduce securitate celor care creditează comercianții cu împrumuturi garantate. În cazul în care se constituie o garanție pentru o datorie anterioară se favorizează un creditor în dauna celorlalți, se încalcă aplicarea în procedură a acelorași reguli față de toți creditorii, ceea ce permite prezumarea fraudării acestora.

Este vorba de încheierea în sine, sub aspectul validității, a actului de garanție nu și de înscrierea acesteia pentru opozabilitate. O înscriere se poate face cu condiția ca ipoteca să fie valabilă. De asemenea, se au în vedere doar garanțiile reale nu și cele personale (fidejusiunea), acestea executându-se în paralel cu procedura insolvenței.

f) plățile anticipate ale datoriilor, efectuate în cele 120 de zile anterioare deschiderii procedurii, dacă scadența lor fusese stabilită pentru o dată ulterioară deschiderii procedurii.

În acest caz, deși debitele pe care le avea de plătit aveau prevăzută scadența după deschiderea procedurii insolvenței, debitorul face plata în proximitatea deschiderii procedurii, când aproape în mod sigur știa de insolvență, favorizând vizibil pe creditorii plătiți astfel în dauna celorlalți, ale căror creanțe erau scadente în acea perioadă – dar au rămas neplătite – sau ale căror creanțe erau scadente tot după deschiderea procedurii. O astfel de plată intră în contradicție cu principiul egalitarismului aplicabil tuturor creditorilor.

Este, evident, o regulă derogatorie de la prevederile dreptului comun în care plata făcută anticipat datei scadenței rămâne valabilă.

Plata unei creanțe care nu era scadentă este nulă față de creditorii în procedura insolvenței, indiferent dacă s-a efectuat cu sume de bani, bunuri sau în alt mod – cesiune, compensare, vânzare, etc.

Nu este nevoie să se dovedească faptul că acela care a primit plata cunoștea starea de insolvență a debitorului plătitor.

Intră în categoria creanțelor neajunse la scadență și creanțele care la data plății erau încă sub condiție. De asemenea, nu are importanță dacă creanța era garantată (ipotecă, gaj, fidejusiune) iar prin plată se eliberează garanțiile respective.

g) actele de transfer sau asumarea de obligații efectuate de debitor într-o perioadă de 2 ani anteriori datei deschiderii procedurii, cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă o persoană fizică sau juridică față de care era (debitor) la data efectuării transferului unor operațiuni cu instrumente financiare derivate, inclusiv ducerea la îndeplinire a unui acord de **compensare** bilaterală (**netting**), realizate în baza unui contract financiar calificat, ori a devenit ulterior debitor, în sensul prezentei legi.

Această specie de acte a fost introdusă în categoria de acte prevăzută la art. 80 prin Legea nr. 85/2006, neexistând în cuprinsul Legii nr. 64/1995. Atât de bine a „stăpânit” legiuitorul instituțiile juridice care constituie obiectul acestei ipoteze, încât în formulare textului a omis menționarea unui termen lămuritor (...față de care era- debitor- la data efectuării...) pentru a evita un pleonasm.

Ipoteza avută în vedere este aceea în care debitorul a fost parte într-un contract calificat, încheiat cu un cocontractant, asumându-și obligații față de acesta prin instrumente derivate sau în baza ducerii la îndeplinire a unui acord de compensare bilaterală, în condițiile în care era debitor sau devine debitor ulterior față de un terț; actele respective de transfer sau de asumare a obligațiilor, sunt anulabile dacă sunt efectuate în cei 2 ani anteriori deschiderii procedurii și cu intenția de a ascunde/întârzia starea de insolvență ori de a fraudă o terță persoană fizică sau juridică față de care era sau a devenit ulterior debitor.

După deschiderea procedurii, în cadrul acesteia, cocontractantul poate cere **compensarea** cu privire la raporturile cu debitorul, precum și recunoașterea rezultatelor compensării în procedură; or, în urma compensării se poate ca acel cocontractant să apară drept creditor al debitorului, situație în care apare suspiciunea că exact asta s-a urmărit, în dauna celorlalți creditori, care se mai văd cu încă o creanță concurentă.

Cele două direcții ale manifestării de voință menționate în textul de lege sunt alternative iar nu cumulative; în primul caz se vizează ascunderea, respectiv întârzierea insolvenței (după cum aceasta este deja existentă sau doar iminentă). În celălalt caz, intenția este de a fraudă ceilalți creditori (nu cocontractantul).

În cazul tuturor actelor și operațiunilor arătate la lit a)-g) trebuie să fie îndeplinite cumulativ și condițiile arătate în paragraful 1 al art. 80

alin. (1). Se are în vedere evitarea prejudicierii creditorilor (unul sau mai mulți) sub aspectul imposibilității utilizării unui bun al debitorului la distribuire sau alterarea echilibrului, ordinii normale de preferință a creditorilor, în cadrul procedurii.

Ca și în cazul alin. (2) și actele și operațiunile din alin. (1) al art. 80 sunt interzise cu atât mai mult după deschiderea procedurii, când considerentele avute în vedere de legiuitor devin și certe nu numai bănuite; anularea unor astfel de acte încheiate după deschiderea procedurii se va întemeia, însă, pe dispozițiile art. 46 din Legea nr. 85/2006.

Potrivit art. 80 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, următoarele operațiuni, încheiate în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii cu persoanele aflate în raporturi juridice cu debitorul, vor putea, de asemenea, să fie anulate și prestațiile recuperate, dacă sunt în dauna creditorilor:

a) cu un asociat comanditât sau cu un asociat deținând cel puțin 20% din capitalul societății comerciale ori, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a asociaților, atunci când debitorul este respectiva societate în comandită, respectiv o societate agricolă, în nume colectiv sau cu răspundere limitată.

Legiuitorul a avut în vedere o presupusă posibilitate de influențare a debitorului de către cei cu care acesta a efectuat operațiunea.

b) cu un membru sau administrator, atunci când debitorul este un **grup de interes economic**.

Se are în vedere aici posibilitatea de influențare a debitorului de către persoana cu care acesta a încheiat operațiunea, pentru favorizarea acesteia, posibilitatea aceleiași persoane de a fi cunoscut despre instalarea stării de insolvență.

c) cu un acționar deținând cel puțin 20 % din acțiunile debitorului sau, după caz, din drepturile de vot în adunarea generală a acționarilor, atunci când debitorul este respectiva societate pe acțiuni.

În acest caz este suspect faptul că debitorul a încheiat operațiunea cu o persoană care poate influența sensul votului, prin care se determină poziția debitorului.

d) cu un administrator, director sau un membru al organelor de supraveghere a debitorului, societate cooperativă, societate pe acțiuni, cu răspundere limitată sau, după caz, societate agricolă.

În acest caz este suspectă încheierea actului de către debitor cu una dintre persoanele care au atribuții de conducere sau de supraveghere, care este în măsură să și decidă poziția adoptată de debitor.

e) cu orice altă persoană fizică ori juridică, deținând o poziție dominantă asupra debitorului sau activității sale.

În acest caz este de presupus că persoana deținând poziția dominantă (care implică de exemplu, monopolul privind activitatea derulată de debitor, controlul filialei, poziția majoritară în cadrul debitorului, etc.) a influențat debitorul în sensul efectuării operațiunii.

f) cu un coindivizar asupra unui bun comun.

Este cazul operațiunilor încheiate între debitor și cel cu care este coindivizar, asupra bunului pe care îl dețin în comun. Este de presupus că debitorul profită de relația cu coindivizarul pentru a transmite acestuia cota sa, înlăturând-o de la urmărirea creditorilor, despre scopul urmărit putând avea sau nu cunoștință și coindivizarul.

În cazurile prevăzute de art. 80 alin. (2) lit. a)-d), legiuitorul a avut în vedere presupusa folosire nepermisă a poziției deținute în societate și a informațiilor obținute în această calitate, referitor la posibilitatea de a se deschide procedura de către cocontractantul debitorului, în scopul obținerii unui folos care nu se cuvenea și de a sustrage bunul urmărit de creditorilor. În toate cazurile prevăzute la lit. a)-f) trebuie îndeplinite cumulativ și condițiile privind efectuarea operațiunii în cei 3 ani anteriori deschiderii procedurii și efectele produse în dauna creditorilor prin operațiunea respectivă.

§3. Diferențierea între acțiunile în anulare specifice procedurii insolvenței și cele din dreptul comun

După cum se observă, în cazul art. 79 din Legea nr. 85/2006, legiuitorul a descris, prin criteriile menționate, categoria de gen a actelor vizate în acest caz prin acțiuni în anulare, fără a le mai enumera fie și exemplificativ. Prin urmare, orice acțiune care îndeplinește cerințele expres menționate în textul respectiv – și care nu se încadrează în categoriile prevăzute de art. 80 – va putea fi formulată în procedura insolvenței, fiind în competența de soluționare a judecătorului sindic.

În cazul art. 80 legiuitorul a descris, de asemenea, categoria de gen a actelor și operațiunilor vizate în acest caz prin acțiuni în anulare, dar în continuare a făcut și o enumerare a speciilor de acte avute în vedere în această categorie, enumerare care trebuie considerată limitativă iar nu exemplificativă. Prin urmare, vor putea fi formulate în procedură în competența judecătorului sindic numai acele acțiuni în anulare care vizează speciile de acte și operațiuni astfel cum sunt enumerate în textul de lege în discuție și se încadrează totodată și în categoria descrisă în paragraful întâi al textului.

Chiar dacă sunt posibile și alte categorii de acte de transfer în măsură să conducă la prejudicierea creditorilor, decât cele din categoriile avute în vedere de art. 79 și art. 80 din Legea nr. 85/2006, trebuie precizat că legiuitorul român le-a reținut pentru procedura insolvenței – în scopul refacerii averii debitorului – doar pe cele arătate, astfel că în total doar acțiunile în anulare privind actele din categoriile respective vor putea fi formulate în procedura insolvenței, în competența judecătorului sindic. Aceasta nu înseamnă că pentru alte acte decât cele la care se referă art. 79 și art. 80, încheiate fie în perioadele de observație enumerate fie anterioare acestor perioade, în perioada în care procedura insolvenței este pe rol nu s-ar putea formula acțiuni în anulare tot în scopul maximizării averii debitorului, deoarece prevederile art. 20 alin. (1) lit. h) din Legea nr. 85/2006 nu disting în sens contrar, însă aceste acțiuni pot fi doar de drept comun, iar nu acțiuni în anulare specifice insolvenței (acțiuni simplificate), în competența instanțelor de drept comun iar nu a judecătorului sindic, titularul acțiunii fiind debitorul prin titularul dreptului de conducere stabilit în derularea procedurii. În măsura în care o acțiune formulată nu privește nici una dintre speciile enumerate la art. 80 și nici din categoria prevăzută de art. 79, judecătorul sindic ar trebui să o **declină** la instanța de drept comun competentă iar nu să o respingă ca inadmisibilă în procedura insolvenței pentru faptul că nu este reglementată ca un element al acestei proceduri speciale. De regulă, în practica judiciară, reținându-se într-o astfel de ipoteză mai întâi că acțiunea respectivă nu îndeplinește în parte sau în tot cerințele prevăzute de dispozițiile art. 79 sau art. 80, judecătorul sindic respinge acțiunea ca neîntemeiată. Formularea unei acțiuni în anulare care nu vizează vreuna dintre categoriile enumerate la art. 79 și

art. 80 ar putea fi, deci, posibilă potrivit dispozițiilor de drept comun, la instanța și în baza temeiului juridic de drept comun, etc; acest aspect excede, însă, cadrul reglementării speciale a insolvenței, fiind vorba în concret de o acțiune în anulare de drept comun iar nu de genul celor specifice în discuție. În realitate, posibilitatea promovării unei astfel de acțiuni în anulare de drept comun ridică o serie de probleme. Astfel, în primul rând se pune problema reclamantului. După cum am menționat anterior, acțiunea în anulare de drept comun ar trebui să fie formulată de debitor prin titularul dreptului de conducere (care include dreptul de **reprezentare** în justiție). Acesta poate fi administratorul statutar sau practicianul în insolvență (care are distinct și legitimitate procesuală activă specială pentru acțiunile prevăzute de art. 79, art. 80), iar nu și administratorul special, care nu are și atribuții de acest gen, reprezentarea pe care o exercită realizându-se doar în interiorul procedurii.

§4. Durata „perioadei suspecte”

În legea română a insolvenței, limitele, reperele cronologice stabilite legal pentru **perioada suspectă** variază în funcție de genul sau specia actului la care se referă art. 79 sau art. 80, între 3 ani și 120 de zile, calculul făcându-se de la momentul deschiderii procedurii în urmă. **Termenele** respective nu au natura termenelor de prescripție sau a termenelor procedurale, astfel că nu sunt supuse întreruperii sau suspendării în raport cu prevederile Decretul nr. 167/1958 sau ale Codului de procedură civilă. Aceste intervale sunt orientative, relative, neînsemnând și în mod obligatoriu că insolvența a devenit iminentă sau s-a și instalat în raport cu întreaga perioadă respectivă. La verificarea în fapt se poate constata la fel de bine, că o parte din această perioadă debitorul a desfășurat o activitate curentă normală fără a se pune în vreun fel problema insolvenței și, dacă se face dovada sub acest aspect, actul respectiv, deși efectuat în intervalul prevăzut de legiuitor, nu va fi anulat, având în vedere dispozițiile art. 82 din Legea nr. 85/2006. În alte reglementări referitoare la materia insolvenței, indiferent de durată perioadei suspecte, se considera că aceasta începe la momentul încetării plăților de către debitor, care se stabilește prin hotărârea de deschidere a procedurii, ceea ce este de natură să faciliteze înțelegerea și aplicarea legii.

În Legea nr. 85/2006 (inclusiv Legea nr. 64/1995) legiuitorul nu a avut în vedere și acest aspect, bazându-se doar pe momentul deschiderii procedurii.

§5. Diferențierea între acțiunile în anulare reglementate prin art. 79, respectiv, prin art. 80 din Legea nr. 85/2006

Aparent (și superficial), din formularea art. 79 și art. 80 alin. (1) ar putea rezulta că legiuitorul nu a urmărit să stabilească prin fiecare dintre acestea câte o categorie distinctă de acte ce pot fi vizate pentru anulare în cadrul procedurii insolvenței, ci doar să formuleze mai întâi de o manieră generală existența posibilității formulării de acțiuni în anulare (art. 79), după care să reglementeze în concret una și singura categorie de astfel de acte în procedura insolvenței (art. 80). În același sens, s-ar mai putea susține următoarele:

a) chiar formularea art. 79, respectiv, art. 80 duce la concluzia că prin art. 79 se arată în general trăsăturile acțiunilor în anulare pe care le poate formula practicianul în insolvență și mai ales perioada extremă a perioadei suspecte, iar art. 80 ar constitui concretizarea posibilităților de formulare a acțiunilor în anulare;

b) doar prin art. 83 și art. 84 se reglementează efectele admiterii acțiunilor în anulare iar art. 83 alin. (1) face vorbire expresă doar de acțiunile admise în baza art. 80, în timp ce art. 83 alin. (2), (3), art. 84, art. 85 alin. (1), (2) fac vorbire de asemenea doar despre transferuri de bunuri – la care se referă art. 80;

c) art. 85 alin. (3) are în vedere formularea „art. 79 și art. 80” iar nu „art. 79 sau art. 80”.

În realitate, în raport cu obiectul actelor la care se face referire în cele două articole de lege, este indiscutabil că legiuitorul a urmărit să stabilească prin fiecare dintre cele două articole câte o categorie distinctă de acțiuni în anulare. Astfel, art. 79 prevede o categorie generală de acte încheiate în dauna creditorilor; poate fi vorba de orice acte, inclusiv pe criteriul patrimonial, dat fiind că producerea unei daune creditorilor poate interveni prin acte atât cu caracter patrimonial cât și nepatrimonial. Între cele patrimoniale nu vor intra însă și constituirile și transferurile de drepturi patrimoniale realizate de debitor prin

speciile de acte enumerate în art. 80. În sensul că și art. 79, nu doar 80, prevede o categorie distinctă de acțiuni în anulare este și art. 85 alin. (3) care face referire nu doar la art. 80 ci și la art. 79.

Art. 80 prevede o altă categorie de acte, exclusiv patrimoniale și anume constituiri sau **transferuri** de drepturi către terți, realizate exclusiv prin speciile de acte enumerate. Acestea sunt specifice reglementării insolvenței, sub aspectul că doar prin conținutul lor anume, care include și un aspect fraudulos subînțeles, sunt considerate de legiuitor în măsură să atragă prezumția din art. 85 alin. (3), după cum se va vedea în continuare.

Pe lângă aspectul legat de obiectul actelor avute în vedere, în funcție de care legiuitorul a considerat necesar să formuleze două texte de lege, atât a art. 79 cât și a art. 80, respectiv, cele două categorii distincte de acte, precum și să facă distincția între acțiunile la care se referă art. 79 și cele la care se referă art. 80, în același sens se mai poate reține:

a) dispozițiile art. 18 alin. (2) lit. b), art. 81 alin. (1) fac vorbire în mod expres, clar despre două categorii de acțiuni distincte, în funcție de art. 79, respectiv, art. 80;

b) reglementarea detaliată în legea specială doar a transferurilor și referirea expresă în textele acesteia doar la acțiunile în baza art. 80 sunt justificate. Aceasta, pentru motivul că – astfel cum se va arăta mai pe larg la analiza art. 83 – în raport cu obiectul special de reglementare al Legii nr. 85/2006, în cuprinsul acesteia se justifică reglementarea aspectelor specifice (iar cele privind acțiunile în baza art. 80 sunt specifice procedurii insolvenței, în timp ce acelea în baza art. 79 sunt doar în mai mică măsură), iar nu și a aspectelor pentru care este aplicabil dreptul comun, la care se face trimitere conform art. 149 din lege;

c) formularea „art. 79 și 80” nu reflectă condiții cumulative pentru una și aceeași categorie de acțiune, ci are menirea să transmită că, în cazul aplicării ambelor dispoziții intervine **prezumția de fraudă**.

În același context, în doctrină s-a arătat, într-o opinie, că art. 79 reglementează actele juridice neprezumate ca fiind frauduloase, iar art. 80 alin. (1) se ocupă de actele prezumate ca fiind încheiate prin fraudă. Deci, în cazul actelor prevăzute de art. 79 fraudă trebuie probată în mod obișnuit, nefiind vorba de o prezumare a acesteia, în timp

ce în cazul art. 80 fraudă este prezumată, nemaifiind necesară o altă probă.

Considerăm că deși diferențierea făcută de legiuitor are în vedere și aspectul privitor la fraudă [în condițiile în care este chiar evident că în cuprinsul art. 79 se folosește termenul "fraudulos" în timp ce în art. 80 nu se mai folosește în formularea categoriei de gen din paragraful (1)] lucrurile trebuie exprimate și înțelese mai în detaliu, referitor anume la care „fraudă” se prezumă și care trebuie dovedită.

Astfel, având în vedere art. 79, art. 80 și art. 85 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, diferențierea se face în raport cu următoarele aspecte:

a) stabilirea unei delimitări necesare între două forme distincte pe care le implică aspectul fraudei utilizat în exprimare de către legiuitor: pe de o parte încheierea frauduloasă a actului (sub aspectul modalității de încheiere, ca o cauză a actului) și, pe de altă parte, fraudarea în dauna creditorilor, care constituie obiectul prezumției prevăzute de art. 85 alin. (3), în sensul special avut în vedere prin legea insolvenței, referitor la punerea acestora în situația de a nu își mai putea realiza creanțele și pe baza bunurilor înstrăinate, acest aspect justificând demersul pentru reîntregirea averii debitorului. Prezumția de fraudă în acest din urmă înțeles este prevăzută în mod expres prin art. 85 alin. (3) nu numai pentru art. 80 dar și pentru art. 79;

b) conținutul în sine al actelor (descrierea) la care se referă art. 79, respectiv art. 80;

În cazul art. 79: Referitor la primul aspect [lit. a)], doar art. 79, nu și art. 80, are în vedere expres, ca o primă condiție, încheierea în sine a actului în mod fraudulos (ceea ce rezultă din formularea „...actelor frauduloase încheiate de debitor...”); textul art. 79 continuă, stabilind și a doua condiție, referitoare la producerea unei daune creditorilor – daună care poate fi oricare dar care nu poate avea sensul de „fraudă în dauna creditorilor” – în înțelesul special arătat mai sus, din moment ce, coroborat cu art. 85 alin. (3), este doar o condiție, în timp ce „frauda în dauna creditorilor” intervine subsecvent, în mod distinct ca prezumție, dacă sunt îndeplinite condițiile din textul de lege. În contextul încheierii actului, poate fi vorba de fraudă debitorului (a acestuia și a celorlalte părți cu care se convine împotriva unui terț) sau de fraudă la lege. Referitor la al doilea aspect (b), dispozițiile art. 79 nu au în vedere, nici

măcar exemplificativ, indicarea vreunui conținut al actelor (descrierea faptelor), ceea ce înseamnă că poate fi vorba din acest punct de vedere de orice act (cu distincțiile făcute anterior). Dauna produsă creditorilor trebuie să comporte un aspect patrimonial (altfel, dacă actul constă de exemplu într-o promisiune de vânzare, nu sunt aplicabile dispozițiile art. 79 (și evident nici cele ale art. 80).

În cazul art. 80 – Referitor la cele două aspecte, în general art. 80 nu are în vedere în mod expres, pentru genul de acte pe care le enumeră, încheierea lor sine în mod fraudulos; mai mult, actele în sine avute în vedere de art. 80, ca acte privite în general nu sunt, prin natura lor, acte frauduloase, ilegale; voința frauduloasă este subînțeleasă, diluată de legiuitor în cuprinsul concret cu care este redat actul respectiv în art. 80 și față de criteriul încheierii actului în perioada suspectă. La prezumția de „fraudă în dauna creditorilor” este în măsură și suficient să conducă și doar conținutul acestor acte, astfel cum este descris pentru fiecare act avut în vedere, prin enumerarea ce face obiectul art. 80 (prima condiție). Nu se pune însă problema existenței concrete a unui element de fraudă, care să trebuiască să fie probat – fiind obligatoriu să se probeze doar conținutul actului astfel cum este descris în text și celelalte condiții din textul de lege respectiv.

În cazurile în care, în mod excepțional în conținutul unor specii ale actului indicat ca fiind anulabil s-a introdus de către legiuitor și un element care trimite la ideea de fraudă [art. 80 alin. (1) lit. c) și g) – elementul în discuție este, în ambele cazuri, intenția] trebuie înțeles că fără elementul de fraudă respectiv actul ar fi putut intra doar în categoria actelor prevăzute de art. 79 (dacă ar fi încheiat fraudulos și ar produce daune creditorilor) dar în condițiile în care la speciile de acte respective (descrierea faptelor) se mai adaugă și elementul respectiv, schimbarea astfel a conținutului actului permite includerea acestuia în categoria prevăzută de art. 80.

Cele arătate mai sus au avut în vedere doar condițiile prevăzute de art. 79 și art. 80 în legătură cu delimitarea criteriilor în funcție de care s-a făcut distincția între categoriile de acte prevăzute de cele două articole menționate. Pentru a interveni prezumția din art. 85 alin. (3) condițiile prevăzute a fi îndeplinite de art. 79 și art. 80 sunt mai multe, după cum s-a arătat la secțiunea în care s-au analizat categoriile de acte în discuție.

În același context mai trebuie precizat că buna sau reaua credință nu este un criteriu de departajare între categoriile de acte prevăzute în mod distinct de art. 79, respectiv, art. 80, pentru că acest aspect intervine în cazul ambelor categorii, ca un element separat, ca o condiție implicită/element subiectiv privind voința părților, care trebuie probată ca atare și are relevanță pentru stabilirea delimitărilor sub aspectul efectelor admiterii acțiunii (de exemplu, în raport cu art. 83), precum și pentru proba contrară vizând răsturnarea prezumției *iuris tantum*. Referitor la acest din urmă aspect, trebuie reținut că proba contrară, pentru răsturnarea prezumției prevăzute de art. 85 alin. (3) în înțelesul său specific menționat anterior, de fraudă în interesul creditorilor, este posibilă atât în raport cu o acțiune în temeiul art. 79, cât și cu o acțiune în temeiul art. 80, din moment ce prezumția de fraudă în dauna creditorilor este ea însăși un mijloc de probă și a fost prevăzută de legiuitor pentru ambele cazuri. Mai mult, este posibilă proba contrară atât în cazul art. 79 cât și al art. 80 chiar și în legătură cu celălalt înțeles al fraudei, utilizat de către legiuitor (referitor la încheierea în mod fraudulos a actului), care în cazul art. 79 constituie o condiție expresă și trebuie probat în mod obișnuit, iar în cazul art. 80, constituie, după cum s-a arătat anterior, o condiție implicită, diluată în elementele de descriere a actului, iar prin probarea acestora din urmă se probează implicit (practic, tot ca o prezumție relativă ce constituie un mijloc de probă) și încheierea frauduloasă a actului.

Din cele arătate, rezultă că în cererea de chemare în judecată privind acțiunea în anulare aceasta trebuie să fie expres încadrată fie în art. 79 fie în art. 80, în cazul acestuia din urmă cu precizarea obligatorie și a speciei actului, indicându-se astfel expres și detaliat temeiul juridic; practic nu poate fi vorba de a se indica totodată drept temei juridic atât art. 79 cât și art. 80, după cum nici în cazul art. 80 o acțiune nu poate avea drept temei juridic dispozițiile legale prevăzute la două sau mai multe dintre alineatele articolului respectiv, în același timp (ar putea fi invocate doar în subsidiar, succesiv). În mod corespunzător, pentru admiterea acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 79 se vor proba în primul rând cele două condiții de fond care rezultă expres din text (încheierea în mod fraudulos și producerea daunei creditorilor) precum și intervenirea actului în perioada de trei ani prevăzută, fără a fi necesar să se probeze de exemplu și dolul. Pentru acțiunea întemeiată

pe dispozițiile art. 80 este suficient să se probeze elementele descriptive ale actului astfel cum se regăsesc în textul de lege din alineatele articolului respectiv precum și din parag. 1 al art. 80, nepunându-se problema probării în mod expres ci doar implicit a unei fraude [și în cazul lit. c) și g) este vorba de probarea doar a intenției în sensul menționat în text]. Ceea ce se prezumă conform art. 85 alin. (3) este faptul că actul astfel cum a fost probat după cum s-a arătat până acum are ca efect și posibilitatea reținerii fraudei în dauna creditorilor. De asemenea, în ceea ce privește probarea în discuție, atât în cazul art. 79 cât și în cazul art. 80 se vor avea în vedere dispozițiile **dreptului comun** (în primul rând ale Codului civil, Codul comercial, Codul de procedură civilă), dacă sunt compatibile potrivit art. 149 din lege, cu mențiunea că în cazul acțiunilor întemeiate pe art. 80 se vor avea în vedere în primul rând dispozițiile art. 83 și art. 84.

Legiuitorul nu a avut în vedere drept obligatoriu (deși este posibil) ca prin actul vizat pentru anulare să se fi provocat și insolvența (cauzele acesteia fiind altele) ci prejudicierea creditorilor, care, în raport cu îndepărtarea bunurilor din masa activă supusă valorificării în procedură, sunt prejudiciați astfel în sensul că în procedură se văd în situația de a nu-și recupera creanțele; aspectul respectiv ține deci de reducerea de către debitor a solvabilității sale în cadrul procedurii.

§6. Natura juridică a acțiunii în anulare

Natura juridică a acțiunii în anulare a fost discutată în contradictoriu încă de la intrarea în vigoare a Legii nr. 64/1995, două curente impunându-se sub acest aspect: unul în care se susține opinia în sensul că acțiunea este una în nulitate relativă (întotdeauna a fost exclusă nulitatea absolută deși din formularea normelor legale nu rezultă expres excepția, caracterul facultativ neavând relevanță) și altul în care se susține că este vorba de o **acțiune revocatorie (pauliană)** de drept comun.

Potrivit art. 975 C. civ. creditorii pot să atace în nume propriu actele viciene făcute de debitor în prejudiciul drepturilor lor.

Discuțiile au pornit de la faptul că termenul „anulare” pare folosit impropriu în legea specială și, față de scopul urmărit prin acțiunea în anulare, ar fi mai potrivită utilizarea termenilor revocare, inopozabilitate

care sunt sinonimi cu acela de anulare în înțelesul legii. În acest context s-a mai susținut că în dreptul comun:

- potrivit art. 975 fraudarea creditorilor este sancționată cu revocarea actului fraudulos, nulitatea fiind atrasă doar de fraudă la lege. Or, dreptul comun nu se poate aplica în procedura insolvenței decât în măsura compatibilității cu dispozițiile legii speciale a insolvenței.

- nulitatea relativă se poate invoca doar de partea căreia i-a fost lezat interesul. Or, legea prevede un alt titular al acțiunii în anulare (practicianul în insolvență, comitetul creditorilor, care acționează în interesul creditorilor iar nu și al debitorului sau terților cocontractanți).

- anularea unui act juridic are drept efect anularea și a actelor subsecvente (exceptând cazul posesiei de **bună-credință** sau a uzucapiunii) potrivit principiului „*resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*”.

Or, în cazul acțiunii în anulare actul subsecvent celui inițial nu se anulează decât în baza unor condiții prevăzute în mod limitativ (art. 84).

- efectul anulării actului este repunerea în situația anterioară, tot ceea ce s-a executat în baza lui fiind supus restituirii.

Or, în legea insolvenței reglementarea acestui efect este doar parțial asemănătoare dreptului comun (contraprestația terțului subdobânditor nu se restituie ci se transformă cel mult în dreptul la formularea **declarației de creanță** (art. 83), iar în cazul actului subsecvent celui inițial restituirea contraprestației este nereglementată expres (art. 84).

- fraudarea creditorilor este scopul imediat al debitorului sau și al cocontractantului acestuia, deci actul are o **cauză ilicită**.

Or, în cazul acțiunii în anulare prevăzută de art. 80 fraudă nu e avută în vedere expres ca motiv determinant la încheierea actului (ci este doar diluată în conținutul actului), dar intervine astfel în cazul acțiunilor prevăzute de art. 79, ca și în cazul acțiunii revocatorii și trebuie probată ca atare în limita respectivă.

Deși există asemănări între acțiunea în anulare și acțiunea revocatorie (ambele au ca scop înlăturarea efectelor obținute prin fraudă, urmăresc anularea actelor încheiate de debitor) nu este cazul ca acestea să fie confundate.

Deosebiri sunt de esență, în special în ceea ce privește condițiile de exercitare și efectele, astfel:

- Temeiul juridic pentru acțiunea în anulare îl constituie dispozițiile legii speciale, în timp ce pentru acțiunea revocatorie în acest sens sunt dispozițiile de drept comun (art. 975 C. civ.) a căror aplicare în procedura specială a insolvenței este permisă doar în condițiile compatibilității lor cu dispozițiile legii speciale (art. 149 din Legea nr. 85/2006), acestea privind inclusiv compunerea instanței de judecată.

- Titularul acțiunii în anulare poate fi **administratorul judiciar sau lichidatorul**, care nu pot fi considerați nici măcar mandatar ai creditorilor sau, în mod subsecvent, comitetul creditorilor, în timp ce acțiunea revocatorie este formulată de un creditor al debitorului, în nume propriu.

- Acțiunea în anulare se admite în beneficiul tuturor creditorilor (mai puțin creditorul care a încheiat actul cu debitorul, în calitate de terț dobânditor sau ca subdobânditor), fiind promovată de principiu în interesul acestora, în ideea revenirii la situația anterioară referitor la averea debitorului. În cazul acțiunii revocatorii, aceasta are caracter individual, de admiterea acesteia beneficiind doar creditorul care a formulat această acțiune.

- În cazul acțiunii în anulare bunul se întoarce în averea debitorului pentru a constitui gajul general al **creditorilor chirografari**, ca și în cazul **acțiunii oblice** (subrogatorie, care este exercitată de creditor în locul debitorului său, dar nu vizează anularea unor acte frauduloase), în timp ce această întoarcere a bunului profită doar creditorului titular al acțiunii, în cazul acțiunii în revocare.

- În cazul acțiunii în anulare actul nu poate fi păstrat parțial, ceea ce este posibil în cazul acțiunii revocatorii, dacă creditorul nu are interes în revocare decât parțial (pentru acoperirea doar a creanței lui).

*

În doctrina juridică s-a susținut că acțiunile prevăzute de art. 79, art. 80 nu pot fi acțiuni în nulitate relativă, deoarece potrivit dreptului comun:

- pot fi promovate doar de persoana al cărei interes a fost nesocotit la încheierea actului juridic – în speță de creditor; or, alta e situația în procedura insolvenței.

- nulitatea relativă poate fi confirmată expres sau tacit, ceea ce nu intervine în cazul procedurii insolvenței. Or, în acest caz, dreptul comun nu trebuie aplicat *sine die* ci doar dacă este îndeplinită condiția

de compatibilitate prevăzută de art. 149. Or, e evident că aspectele arătate nu pot fi preluate din dreptul comun și aplicate în procedura insolvenței deoarece sunt contrare dispozițiilor legii speciale, care sunt derogatorii de la dreptul comun și de aplicare prioritară.

- în procedura insolvenței, în ceea ce privește cauza nulității relative ar fi vorba, relativ la fraudă, de o cauză ilicită pentru că e prohibită de lege (și imorală, fiind prohibită de bunele moravuri și ordinea publică), dar în acest caz ar interveni nulitatea absolută iar nu relativă. De asemenea, acțiunile în anulare din legea insolvenței vizează insolvența, deci o cauză ulterioară încheierii actului și extrinsecă acestuia, în timp ce nulitatea relativă poate fi reținută pentru cauze intrinseci și anterioare sau concomitente.

Or, tocmai încheierea actului sub incidența insolvenței justifică în mod specific acțiunea în anulare în procedura insolvenței, deci o cauză concomitentă și intrinsecă în ceea ce privește debitorul. Este vorba și de o cauză ilicită pentru că în condițiile în care se încheie actul de către debitor este vorba chiar de încălcarea unor dispoziții legale, la modul propriu nu numai figurativ, cum ar fi încălcarea clauzelor convențiilor ca lege a părților. Prin actul respectiv debitorul încalcă dispozițiile din Legea nr. 85/2006 în raport cu care creditorii au dreptul să își acopere creanțele în procedura insolvenței din averea debitorului, fără să se sustragă bunuri din aceasta în mod fraudulos și să vină la plată în **ordinea de preferință** prevăzută de dispozițiile aceleiași legi. Mai mult, dispozițiile respective sunt încălcate la un moment la care ceea ce e definitoriu în esență pentru procedură, insolvența, deja influențează situația în care se află debitorul, deschiderea ulterioară și sub aspect formal al procedurii neprezentând relevanță în acest context.

În raport cu toate acestea, acțiunea în anulare prevăzută de art. 79, art. 80 (sau chiar art. 84) trebuie considerată, sub aspectul naturii juridice, nu drept o acțiune revocatorie, oblică, revocatorie specială, etc, ci drept o acțiune în anulare cu caracter special sub aspectul condițiilor de promovare și efectelor produse, în măsura în care referitor la acestea sunt prevăzute reglementări speciale.

Considerăm că, față de complexitatea materiei și multitudinea cauzelor posibile, o eventuală încercare de prestabilire în mod integral a unor caracteristici/condiții de admisibilitate pentru acest gen de acțiune

ne ar risca să fie incompletă sau contradictorie; delimitarea caracteristicilor acțiunii trebuind să fie urmărită de la caz la caz în raport cu analiza fiecăreia dintre dispozițiile legii, aplicabile cazului respectiv.

§7. Actele încheiate de debitor în cazul desfășurării normale a activității sale curente (art. 82)

Potrivit art. 82 din Legea nr. 85/2006 nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale curente.

De fapt, se poate cere anularea, dreptul de petiționare fiind liber, dar acțiunea nu este întemeiată și va fi respinsă ca atare. Textul este aplicabil atât pentru art. 80 cât și pentru art. 79 din lege – dacă este vorba tot de un transfer patrimonial. În Legea nr. 64/1995 dispozițiile similare (art. 63) prevedeau că prin excepție (doar) de la art. 61 – actualul art. 80, nu se va putea cere anularea unui transfer cu caracter patrimonial, făcut de către debitor în cursul desfășurării normale a activității sale. Modificarea în actuala lege constă în aplicarea generală a art. 82, în lipsa vechii distincții, nu numai în raport cu art. 80 ci și în raport cu art. 79, precum și, pe de altă parte, în aplicarea doar în cazul actelor încheiate în activitatea curentă normală, iar nu în întreaga activitate normală a debitorului. În raport cu acestea și având în vedere și cele ce se vor arăta ulterior la analiza dispozițiilor art. 82, credem că în actuala formulare textul de lege este mai riguros.

În raport cu referirea din textul art. 82 la „cursul desfășurării normale a activității curente” a debitorului, se pune problema dacă legiuitorul a avut în vedere prin această formulare activitatea curentă normală a debitorului înainte sau după deschiderea procedurii.

Simplul fapt că dispozițiile art. 82 se regăsesc în contextul secțiunii din lege referitoare la anularea unor acte juridice ale debitorului încheiate anterior deschiderii procedurii (iar obiectul acțiunilor prevăzute de art. 79 și art. 80 îl constituie doar acte ale debitorului anterioare deschiderii procedurii) ar trebui să însemne că s-a avut în vedere activitatea curentă normală anterioară deschiderii procedurii.

Dar legea insolvenței se referă la o „**activitate curentă**” a debitorului și după deschiderea procedurii, potrivit art. 3 pct. 14 și art. 49. Pornind

de aici s-au exprimat opinii în sensul că „activitatea normală/curentă la care se referă art. 82 trebuie înțeleasă în sensul art. 3 pct. 14 și art. 49 alin. (1) și (2), precum și în sensul că „și conținutul activității curente la care se referă art. 82 trebuie să fie acela prevăzut de art. 3 pct. 14 și art. 49”.

Or, în ceea ce privește opinia în primul sens, nu trebuie confundată activitatea curentă prevăzută de lege pentru **perioada de observație** cu desfășurarea normală a activității la care se referă art. 82. Din analiza coroborată a art. 3 pct. 14 și, respectiv, art. 49 rezultă că acestea se referă la continuarea și după deschiderea procedurii a activității comerciale curente, în timp ce art. 82 se referă la desfășurarea normală a activității curente; este vorba aici nu numai de o formulare dar și de un conținut diferit. Activitatea curentă prevăzută pentru perioada de observație nu presupune o desfășurare normală, pentru că după deschiderea procedurii, chiar de la momentul la care starea de insolvență își exercită influența asupra debitorului, activitatea acestuia nu mai poate fi apreciată ca fiind normală, în condiții normale; dar poate fi apreciată ca fiind normală, evident, în cazul în care nu se pune problema stării de insolvență, ceea ce nu poate interveni decât într-o perioadă anterioară deschiderii procedurii, sau, eventual, după închiderea procedurii printr-o procedură în care nu s-au declarat creditori sau o procedură de reorganizare reușită (în cazul falimentului intervenind radierea debitorului).

De asemenea, nu este îndreptățită interpretarea art. 82 în sensul opiniei în discuție nu numai pentru că nu s-ar justifica o dispoziție în sensul susținut în opinie, într-o secțiune a legii vizând exact aspectul contrar, dar deja în economia legii legiuitorul a rezolvat, înainte de art. 82 problema nulității actelor efectuate de debitor după deschiderea procedurii insolvenței, prevăzând la art. 46 că „în afară de cazurile prevăzute la art. 49 sau de cele autorizate de judecătorul sindic, toate actele, operațiunile și plățile efectuate de debitor ulterior deschiderii procedurii sunt nule”. A face abstracție și despre acest aspect ar însemna să se atribuie nemeritat legiuitorului înclinația spre tautologie.

Oricum, acceptarea extinderii aplicării dispozițiilor art. 82 și în raport cu dispozițiile art. 49 ar fi și inutilă în raport cu prevederile art. 46. Desigur că este posibil ca și după deschiderea procedurii debitorul să mai efectueze acte de genul celor la care se referă art. 79, art. 80, dar pentru acestea au fost prevăzute dispozițiile art. 46 iar acțiunile pentru

constatarea nulității lor nu sunt reglementate prin art. 79 și următoarele, ci se vor întemeia pe dispozițiile art. 46. Faptul că dispozițiile art. 3 pct. 14 sunt în Capitolul I – Dispoziții generale, din lege, nu le conferă caracterul general și în raport cu art. 82, pentru că așa cum s-a arătat cele două texte se referă la activități curente din perioade diferite. Activitatea normală desfășurată de debitor anterior deschiderii procedurii, când nu a intervenit insolvența iminentă sau efectivă, inclusiv activitatea curentă normală nu constituie în sine un element al procedurii insolvenței, cum este cazul activității curente continuate și în perioada de observație, astfel că nu avea de ce să constituie expres obiectul reglementării procedurii, dar constituie un element de referință în teoria și practica referitoare la insolvență.

În ceea ce privește opinia în al doilea sens, din moment ce activitatea curentă normală la care se referă art. 82 este, practic, alta decât aceea la care se referă art. 3 pct. 14 sau art. 49, nu se justifică includerea în conținutul primei doar a activităților prevăzute legal pentru cea de a doua. De altfel, nici nu ar fi posibil, pentru că art. 3 pct. 14 se referă la „continuarea” activităților contractate precum și a plăților/încasărilor, respectiv, a finanțării acestora în perioada de observație, în timp ce raportarea activității curente la perioada anterioară deschiderii procedurii nu poate implica, în mod evident, aspectul „continuării”.

Textul art. 82 este o formulare de gardă, care precizează practic o limitare a posibilității de anulare a actelor de transfer, indicând, după cum s-a mai arătat în introducerea la această secțiune, că premisa de la care a pornit legiuitorul (adică ceea ce înseamnă **perioada suspectă** și durata stabilită pentru aceasta în cazul fiecărei categorii de acte) este, în parte, în ceea ce privește activitatea curentă din cadrul întregii activități normale, doar relativă și dacă se face dovada că la data încheierii actului activitatea debitorului se derula normal (adică nu numai că nu se intrase în **starea de insolvență** dar nici nu se putea anticipa ajungerea în această stare) nu va putea interveni anularea actului, care va trebui să fie acceptat, neputându-se considera că ar fi vizat prejudicierea creditorilor din moment ce face parte din activitatea normală a debitorului. Simpla posibilitate existentă în general, de apariție a stării de insolvență, nu atrage, cu atât mai mult în cazul activității curente normale și obligația de anticipare a insolvenței sau cel puțin trebuie dovedită reaua-credință

sub acest aspect, astfel că o asemenea posibilitate nu este în măsură să conducă la anularea actului. Mai pe scurt, pentru a se obține aplicarea prevederilor art. 82, revine pârâtului sarcina de a face proba contrară în sensul că încheierea actului a intervenit în cadrul activității curente normale a debitorului. Pentru dovedirea relei-credințe ar trebui să se probeze faptul că se cunoștea iminența sau apariția stării de insolvență; or, în cazul acestora din urmă debitorul are deja obligația de a cere deschiderea procedurii. De obicei, în raport cu o activitate curentă nu se poate anticipa ușor starea de insolvență. Procedura insolvenței este una specială, pentru plata creditorilor, în care actele care o compun au rațiuni speciale; dacă actul în discuție a intervenit ca un act din activitatea curentă normală, nefiind efectuat în scopul prejudicierii creditorilor în sensul de a nu-și mai putea recupera creanțele, se poate accepta că nu intervin acele rațiuni speciale. Aceasta, cu atât mai mult cu cât nu este vorba de întreaga activitate normală ci doar de aceea curentă din cadrul acesteia. De exemplu, la acel moment debitorul avea de executat un contract în sensul livrării către un terț a unor bunuri pe care le-a produs; livrarea e un act curent normal, anormal ar fi fost să nu livreze, pentru că și-ar încălca astfel obligațiile contractuale asumate; nu este vorba de un act din activitatea curentă, de exemplu, în cazul în care debitorul, deși derula o activitate normală, lipsind insolvența, actul încheiat este unul de vânzare chiar a bunurilor cu care a garantat plata debitului către un creditor, caz în care debitorul nu era îndreptățit în vreun fel să efectueze actul respectiv, neavând vreo obligație contractuală de îndeplinit în sensul respectiv.

Trebuie avută în vedere în mod obligatoriu precizarea în sensul luării în considerare a activității curente normale doar ca parte din întreaga activitate normală, deoarece chiar actul în discuție ar putea genera insolvența, situație în care ar fi inacceptabil să se poată evita chiar răspunderea pentru acest act. În plus, dacă este vorba de un act de activitate curentă există o justificare legală pentru efectuarea lui, ceea ce poate exclude implicit săvârșirea lui prin fraudă. În cazul în care este săvârșit prin fraudă, actul nu mai poate fi considerat parte din activitatea curentă normală ci din activitatea ilegală a debitorului și, prin urmare, este anulabil. Prin urmare, atât în cazul art. 80, în care problema fraudei intervine expres doar accidental, dar și în cazul art. 79, în care fraudă este un element definitoriu în mod expres pentru categoria de acte la

care se referă, aplicarea art. 82 nu trebuie înțeleasă în sensul că nu ar fi anulabile actele care au fost săvârșite prin fraudă, chiar dacă fac parte din activitatea curentă.

În fapt, diferența dintre aplicarea dispozițiilor art. 79, pe de o parte și dispozițiile art. 80, pe de altă parte, o face și măsura în care se probează cerințele prevăzute de dispozițiile respective, adică includerea actului care face obiectul acțiunii în anulare în categoria actelor la care fac referire cele două articole, prin admiterea acțiunii în anulare respectivă; dacă nu se face această dovadă actul nu face parte din vreuna din categoriile respective (fiind posibil să fi fost chiar încheiat în activitatea normală a debitorului, iar art. 82 se referă la o parte din aceasta, la activitatea curentă normală.)

§8. Contractele de credit [art. 81 alin. (3)]

Potrivit dispozițiilor art. 81 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, care se regăsesc în cadrul reglementării acțiunilor în anularea unor acte juridice ale debitorului, administratorul judiciar/lichidatorul va putea menține **contractele de credit** și va putea, cu acordul cocontractanților, să le modifice clauzele, astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații ale debitorului. Modificările vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor, care va avea în vedere dacă acestea sunt atât în folosul averii debitorului, cât și în cel al averii creditorilor.

Dispoziții similare mai constituie însă și obiectul art. 86 alin. (3), singurele deosebiri de formulare constând în atribuirea posibilității de menținere a contractelor de credit doar administratorului judiciar iar nu și lichidatorului și doar pe parcursul perioadei de observație. În concret, însă, sub aspectul conținutului nu sunt de fapt deosebiri reale între art. 81 alin. (3) și art. 86 alin. (3).

S-ar putea spune că avem de a face cu repetarea nejustificată a acelorași dispoziții, dar aceasta nu este o modalitate constructivă de interpretare, interpretarea dispozițiilor legale trebuind să fie realizată în sensul producerii de efecte juridice, iar nu dimpotrivă.

În ceea ce privește dispozițiile din art. 86 alin. (3), s-ar putea considera că prevederea normelor respective a fost reluată pentru a se preciza posibilitatea de continuare a contractelor de credit în cadrul

perioadei de observație (evident, de către administratorul judiciar) iar nu și în perioada de reorganizare, fiind aplicabile în corelație cu aflarea debitorului în perioada de observație în situația la care se referă dispozițiile art. 3 pct. 14 și art. 49. Ulterior perioadei de observație, într-o eventuală procedură de reorganizare judiciară administratorul judiciar nu mai are posibilitatea aplicării dispozițiilor art. 86 alin. (3) deoarece, în procedura respectivă se pune în practică exclusiv **planul confirmat**, astfel că eventualele contracte de creditare a activității trebuie să constituie obiectul planului, iar atribuțiile legale ale administratorului judiciar în perioada în discuție se rezumă la supravegherea activității debitorului. De asemenea, dintr-un punct de vedere nici lichidatorul judiciar nu ar putea face aplicarea dispozițiilor art. 86 alin. (3) în cadrul procedurii falimentului ca parte a procedurii generale, deoarece potrivit art. 47 alin. (7), de la data intrării în faliment debitorul va putea desfășura doar activitățile care sunt necesare derulării operațiunilor lichidării și, cel puțin în principiu, pentru astfel de activități nu sunt necesare menținerea unor contracte de credit.

În raport cu cele arătate, referitor la dispozițiile art. 86 alin. (3) trebuie avute în vedere însă și dispozițiile art. 81 alin. (1), care conferă posibilitatea de menținere a contractelor de credit și lichidatorului; oricum și în cazul deschiderii **procedurii simplificate**, care implică lichidatorul, există practic o perioadă de observație *sine die*, iar inițierea acțiunilor în anulare ține tot de perioada de observație.

Se mai poate considera că textul de lege a fost menționat și în contextul reglementării **acțiunilor în anulare** deoarece și contractele de credit pot constitui obiectul unor astfel de acțiuni, oferindu-se astfel administratorului judiciar/lichidatorului în mod expres și posibilitatea (facultatea) recurgerii, după caz, la alternativa acțiunii în anulare. De asemenea, contractele de credit prezintă o importanță deosebită pentru derularea activității normale a unui comerciant (care se derulează mai mult pe baza creditului) și cu atât mai mult pentru un comerciant intrat în procedura insolvenței, pentru continuarea activității curente, a activității pe baza unui plan, etc.

Față de art. 79, art. 80 și art. 86 alin. (1), referitor la raportul acțiunii în anulare/denunțarea sau continuarea contractului, dacă la momentul deschiderii procedurii un contract de credit a fost executat în întregime

sau substanțial practicianul va trebui să urmărească formularea unei acțiuni în anulare în baza art. 79, bineînțeles dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute în acest scop (în primul rând fraudă împotriva creditorilor), pentru că în această situație de fapt scopul este de a se obține revenirea la situația anterioară referitor la prejudiciul deja produs. Dacă același contract, la momentul deschiderii procedurii nu este executat sau nu este executat integral, în ipoteza în care a fost încheiat fraudulos prejudiciul încă nu s-a produs, astfel că scopul demersurilor privind contractul ar fi ca acesta să nu se mai execute în viitor, recurgându-se la denunțare, iar dacă a fost încheiat valabil, să continue, dacă este necesar; deci dacă contractul ar îndeplini condițiile pentru acțiune în anulare aceasta nu se justifică sau se justifică cel mult parțial, iar pentru ceea ce nu s-a executat se aplică denunțarea/continuarea. La momentul la care se poate aplica instituția juridică a denunțării/continuării contractului, aplicarea se va face indiferent dacă inițial erau îndeplinite și condițiile de acțiune în anulare; pentru că dacă se denunță, contractul nu se va mai executa, iar dacă se continuă, contractul se modifică implicit [în sensul prevăzut de art. 81 alin. (3)] în sensul că devine benefic pentru averea debitorului și interesul creditorilor deci nu se mai pune problema fraudării acestora. În funcție de momentul deschiderii procedurii, în funcție de situația concretă existentă, practicianul în insolvență va putea proceda fie în sensul acțiunii în anulare, fie al denunțării/continuării contractului, după caz.

Or, dispozițiile art. 81 alin. (3) vin să accentueze posibilitatea menținerii contractelor de credit, dat fiind importanța lor, îndeosebi atunci când au fost încheiate valabil, precum și când nu au fost executate decât cel mult parțial la data deschiderii procedurii, atât cu clauzele cu care au fost încheiate, cât mai ales cu clauzele modificate în sensul echivalării contraprestațiilor pentru viitor în cazul în care inițial nu au fost prevăzute ca echivalente, ci în defavoarea debitorului; chiar dacă inițial se pune problema eventualei încheieri frauduloase a contractului, în urma modificării în sensul prevăzut de lege, elementul de fraudă dispare.

Practic, dispozițiile art. 81 alin. (3) permit extinderea posibilității de continuare a contractului de credit în comparație cu situația altor contracte, în condițiile în care se menține și posibilitatea denunțării contractului de credit și aceea a promovării acțiunii în anulare.

Desigur că era posibilă ajungerea la aceeași concluzie și pe calea interpretării în același sens a dispozițiilor art. 79-80, prin coroborare cu art. 86 alin. (1), (3), dar era posibilă și interpretarea diferită a acestora; precizarea făcută prin art. 81 alin. (3), din moment ce există, nu trebuie reținută totuși ca o eroare legislativă (în sensul repetării aceluiași dispoziții), asigurând cel puțin o interpretare unitară și o aplicare coroborată cu ceea ce este necesar în procedură, a dispozițiilor legale cu privire la un gen de contracte deosebit de importante. (Totuși, acestea nu înseamnă că din punctul de vedere al unei tehnici legislative riguroase nu ar fi fost de preferat un singur text de lege).

Dispozițiile art. 81 alin. (3) nu constituie nicio excepție de la anulabilitatea actelor ci în funcție de caz, o alternativă la acțiunea în anulare sau denunțarea contractului de credit, pentru un rezultat mai benefic.

Pentru modificările propuse referitor la clauzele contractului de credit, practicianul trebuie să obțină în mod obligatoriu acordul cocontractanților și, în final, acordul comitetului creditorilor.

§9. Competența de judecată în cazul acțiunilor în anulare

În raport cu dispozițiile art 11 lit. h) din Legea nr. 85/2006, care prevăd ca atribuție a **judecătorului sindic** judecarea acțiunilor introduse de administratorul judiciar sau lichidator pentru anularea unor acte frauduloase și a constituirilor sau **transferurilor** cu caracter patrimonial, anterioare deschiderii procedurii, având în vedere dispozițiile art. 79 și 80 alin. (1), care prevăd expres introducerea tuturor categoriilor de acțiuni în anulare avute în vedere de legiuitor la judecătorul sindic, rezultă că formularea acțiunilor respective trebuie să intervină în cadrul cauzei având ca obiect procedura insolvenței și, în orice caz, competența de judecată a unei astfel de acțiuni aparține tribunalului și se exercită prin judecătorul sindic, în înțelesul dispozițiilor art. 6 din lege.

În cazul în care administratorul sau lichidatorul judiciar nu introduce o astfel de acțiune, dispozițiile art. 81 alin. (2) prevăd expres posibilitatea comitetul creditorilor de a introduce la judecătorul sindic acțiunea respectiva. Prin urmare, chiar dacă dispozițiile art. 10 lit e) nu prevăd expres că judecătorul sindic ar mai fi competent să judece

acțiunea și în cazul în care este introdusă de către comitetul creditorilor, această competență este stabilită în raport cu dispozițiile art. 81 alin. (2) astfel cum au fost menționate. Numai dacă ar fi lipsit o dispoziție de natura acesteia din urmă, care sa îi confere expres judecătorului sindic competența de judecată, s-ar fi putut pune în discuție introducerea acțiunii de către comitetul creditorilor la instanța stabilită a fi competentă pentru judecată în raport cu dispozițiile dreptului comun.

Sunt anulabile în baza art. 79, art. 80, art. 84 acte, operațiuni atât comerciale cât și civile, competența rămânând aceeași, specială, a tribunalului prin judecătorul sindic, în raport cu art 6 din Legea nr. 85/2006, indiferent de valoare sau materie de drept.

§10. Părțile în acțiunile în anulare

Dispozițiile art. 85 alin. (5) și (6) din Legea nr. 85/2006 prevăd că pentru acțiunile în anulare **legitimarea procesuală** activă aparține administratorului judiciar/lichidatorului, sau, în subsidiar, comitetului creditorilor, care nu mai trebuie în prealabil autorizat, iar calitatea procesuală pasivă revine debitorului – citat prin administratorul special – și, respectiv, cocontractantului lui.

Legiuitorul nu a conferit expres calitatea de reclamant, preferând expresia „legitimare procesuală activă”, care, practic, include calitatea de reclamant și, totodată, accentuează prioritatea, relativă exclusivitate a practicianului în insolvență în formularea acestui gen de acțiuni.

10.1. Practicianul în insolvență

După cum s-a arătat și anterior într-un context general, promovarea acțiunilor în anulare revine și în viziunea Legii nr. 85/2006, în principal practicianului în insolvență, în raport cu obligația acestuia de **maximizare a averii debitorului**. Prevederea maximizării averii debitorului se regăsește expres în reglementarea legală atât a procedurii falimentului [art. 116 alin. (1)] cât și a perioadei anterioare acesteia din procedura de ansamblu [art. 86 alin. (1)], iar principiul instituit sub același aspect vizează procedura insolvenței în ansamblu, deci și perioada de obser-

vație și procedura de reorganizare, alături de aceea a falimentului, prin urmare obligația în sensul respectiv revine nu numai lichidatorului ci și administratorului judiciar; Oricum, chiar dispozițiile art. 78 din Legea nr. 85/2006 prevăd că măsurile din secțiunea referitoare la situația unor acte juridice ale debitorului se aplică atât în caz de reorganizare cât și de faliment, indiferent dacă este vorba de o procedură generală sau simplificată. Din cele arătate, rezultă deci de ce promovarea acțiunilor în anulare poate să revină nu numai lichidatorului, în faliment, dar și administratorului judiciar, în perioada de observație și/sau de reorganizare. Aceasta, dincolo de faptul că același aspect rezultă și mai direct din prevederile art. 85 alin. (1) sau alin. (5), care au în vedere expres legitimitatea procesuală activă nu numai pentru lichidator ci și pentru administratorul judiciar, fără a face distincție în funcție de preluarea sau nu de către aceștia a dreptului de conducere a activității debitorului.

Pe de altă parte, în conferirea atribuției de a promova acțiunea în anulare nu prezintă relevanță măsura în care s-a ridicat sau nu, respectiv, s-a transmis sau nu către practician dreptul debitorului de conducere a activității/de administrare, nepunându-se nici problema ca administratorul judiciar să trebuiască să aștepte în promovarea acțiunilor în anulare până când i se va conferi cel puțin în parte dreptul de conducere a activității debitorului. Acest aspect putea fi, eventual, reținut doar în condițiile Legii nr. 64/1995, în aplicarea căreia promovarea acțiunilor în anulare se făcea – în principal – în calitate de reclamant de către debitor, prin administratorul judiciar/lichidator; în cazul Legii nr. 85/2006 legitimitatea procesuală activă revine personal practicianului în insolvență, indiferent dacă acesta a preluat sau nu și dreptul de conducere/de administrare, iar debitorul poate avea doar calitatea de pârât; dacă practicianul în insolvență exercită și dreptul de conducere, aceasta se face în mod distinct de exercitarea acțiunilor în anulare (adică în același timp poate fi reprezentantul debitorului referitor la un aspect dar și reclamant în acțiunea în anulare).

În mod repetat în dispozițiile art. 79-84 se prevede expres că administratorul judiciar/lichidatorul „poate” să formuleze acțiunea în anulare, aspect în raport cu care, având în vedere și prevederea comitetului creditorilor ca alternativă pentru introducerea acțiunii, s-ar putea reține că pentru practicianul în insolvență introducerea acțiunii nu are caracter

obligatoriu ci facultativ. De asemenea, s-ar putea contesta de către creditorii, debitor prin administratorul special, etc. la judecătorul sindic conduita practicianului în insolvență de a nu introduce acțiunea, dar sub alte aspecte iar nu în scopul de a se obține obligarea acestuia la a introduce acțiunea, dispozițiile existente nefiind, prin conținutul lor, în măsură să ofere argumente în acest sens; mai mult, aceste dispoziții s-ar putea interpreta și în sensul că practicianul nici nu trebuie să justifice de ce nu introduce acțiunea, iar în funcție de simplul fapt al neintroducerii acesteia, comitetul creditorilor este prevăzut ca o alternativă pentru introducerea acțiunii. Or, conotația termenului „poate” nu este în sensul facultativității introducerii acțiunii ci al puterii conferite în acest sens, putându-se vorbi, totodată, de obligația existentă sub același aspect în virtutea principiului maximizării averii debitorului. Trebuie reținut însă și că, în mod rațional, practicianul este dator să justifice neformularea acțiunii, chiar dacă o astfel de obligație nu este prevăzută legal în mod expres [de exemplu atunci când din raportul prevăzut art. 20 alin. (1) lit. b) rezultă că s-ar justifica promovarea ei].

În doctrină s-a apreciat că ar trebui prevăzut; *de lege ferenda*, obligația legală pentru practicianul în insolvență de a introduce acțiunile în anularea actelor frauduloase, mai ales în cazul în care aceste acte rezultă chiar din raportul întocmit în baza examinării activității debitorului. Opinia nu este neavenită, dar în cuprinsul secțiunii de față am arătat că nu atitudinea antifraudă este prioritară (și are oricum alternative, inclusiv sesizarea în materie penală) ci alte aspecte, specifice insolvenței.

10.2. Comitetul creditorilor

În raport cu dispozițiile art. 85 alin. (5) **legitimarea procesuală** activă poate reveni comitetului creditorilor doar în cazul prevăzut de art. 81 alin. (2) din Legea nr. 85/2006. Potrivit acestor din urmă dispoziții, comitetul creditorilor poate introduce la judecătorul sindic o acțiune în anulare dacă administratorul judiciar/lichidatorul nu o formulează.

În aplicarea Legii nr. 64/1995, dispozițiile art. 62 alin. (2) din cuprinsul acesteia prevedeau, de asemenea, posibilitatea comitetului creditorilor de a formula o acțiune în anulare dacă administratorul

judiciar/lichidatorul nu o promova, dar sub condiția anterioară a autorizării prealabile în acest sens din partea judecătorului sindic. În dispozițiile Legii nr. 85/2006 condiția prealabilă a autorizării a fost înlăturată.

În raport cu art. 16 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 comitetul creditorilor, care nu are personalitate juridică va formula acțiunea în anulare și va fi citat prin președintele său, sau în lipsa acestuia prin oricare dintre membrii săi.

În cazul în care în procedură nu există numărul minim de creditori prevăzut de art. 16 alin. (1) pentru formarea comitetului, dreptul prevăzut expres de lege pentru acesta de a formula acțiunea în subsidiar, dacă practicianul nu o face, revine creditorilor existenți (unul sau cel mult doi, în ipoteza în discuție). Dispozițiile art. 16 alin. (1) nu au caracter imperativ ci de recomandare, astfel că nu se poate înlătura exercitarea și de către creditorii existenți a dreptului care revine comitetului creditorilor, în lipsa unei dispoziții contrare exprese; practic trebuie considerat că se poate constitui formal un comitet constituit numai din unul sau doi creditori sau că dreptul poate fi exercitat de oricare dintre creditorii respectivi, sau în comun. În schimb, în cazul în care nu s-a constituit comitetul creditorilor, deși numărul acestora din urmă era suficient în acest sens sau atunci când în cursul procedurii comitetul creditorilor își pierde structura și funcționalitatea, se pierde posibilitatea subsidiară a formulării acțiunii în anulare de către comitetul creditorilor. Cum însă constituirea și menținerea comitetului constituie dreptul și apanajul creditorilor, pierderea posibilității menționate se datorează în primul rând culpei acestora. În cadrul derulării în ansamblu a procedurii, față de atribuțiile pe care Legea nr. 85/2006 le prevede pentru comitetul creditorilor, constituirea acestuia are caracter necesar și obligatoriu, iar nu facultativ, ori de câte ori sunt îndeplinite condițiile legale în acest sens. În raport cu prevederile art. 16 se impune însă să se precizeze în sarcina cui revine obligația referitoare la constituirea comitetului. În cazul prevăzut de art. 16 alin. (1), (2) obligația în discuție revine exclusiv judecătorului sindic. Îndeplinirea acestei obligații se raportează însă doar la perioada dintre întocmirea tabelului preliminar și momentul de la care se poate constitui comitetul potrivit art. 16 alin. (4), (5), prin convocarea primei adunări a creditorilor. Constituirea comitetului în mod definitiv, conform art. 16 alin. (4) revine în

primul rând creditorilor, alături de care poate fi implicat și practicianul în insolvență, deoarece și acesta are atribuții în convocarea adunării creditorilor. Fiind vorba de o desemnare provizorie în timp, obligația desemnării comitetului de către judecătorul sindic potrivit art. 16 alin. (1) și (2) devine caducă la momentul la care intervine obligația de constituire a comitetului potrivit art. 16 alin. (4), (5), fiind înlocuită de aceasta din urmă. În orice caz, după ce a devenit incidentă obligația constituirii comitetului în raport cu art. 16 alin. (4), (5), care presupune alegerea membrilor comitetului de către creditorii, în adunarea creditorilor, faptul că nu s-a constituit sau nu funcționează un comitet al creditorilor nu mai poate fi reproșat judecătorului sindic ci numai creditorilor.

S-a susținut în doctrină că acțiunea în anulare formulată de către comitetul creditorilor ar fi admisibilă doar dacă se probează riscul pierderii termenului, lipsa de diligență sau refuzul expres sau implicit al practicianului în insolvență de a introduce acțiunea. În condițiile în care dispozițiile art. 81 alin. (2) conferă comitetului legitimitate procesuală sub aspectul formulării acțiunii în anulare doar dacă practicianul în insolvență nu o formulează, fără a distinge în legătură cu motivele inacțiunii, precizările de genul celor arătate limitează în mod nepermis aplicarea dispozițiilor art. 81 alin. (2).

De remarcat că din analiza coroborată a dispozițiilor alin. (1) și (2) din art. 81 rezultă că termenul menționat în cuprinsul art. 81 alin. (1) este prevăzut expres exclusiv pentru ipoteza introducerii acțiunii în anulare de către administratorul judiciar/lichidator iar nu și pentru introducerea de către comitetul creditorilor. Condiția prevăzută de lege pentru a se putea introduce acțiunea de către comitetul creditorilor – neintroducerea ei de către practicianul în insolvență – trebuie considerată ca un aspect de fapt, care poate fi probat ca atare. Probarea îndeplinirii condiției în discuție poate interveni nu doar abia la momentul la care se împlinește termenul menționat în art. 81 alin. (1) ci și anterior acestui moment și în funcție de aceasta în mod obiectiv comitetul este în măsură să introducă acțiunea, nefiind ținută în acest sens exclusiv de împlinirea termenului respectiv (de exemplu, practicianul ar putea arăta expres în procedură, mai devreme de împlinirea termenului din art. 81 alin. (1), că nu introduce acțiunea, inclusiv și de ce nu o face, ceea ce

echivalează cu îndeplinirea condiției prevăzute de art. 81 alin. (2) și poate justifica în mod suficient formularea acțiunii de către comitetul creditorilor).

Rezultă din acestea, că nu termenul, ci neformularea acțiunii de către practician conferă legitimitate procesuală activă comitetului; cum termenul respectiv nu este prevăzut expres și se aplica, rezultă că inclusiv după împlinirea termenului respectiv, comitetul poate formula acțiune în anulare; aceasta chiar până la închiderea procedurii, în condițiile în care pentru comitet nu este prevăzută expres nicio condiție sau termen de limitare în timp a exercitării dreptului în discuție și deoa-rece înlăturarea dreptului de promovare a acțiunii, ca orice sancțiune legală, trebuie să rezulte din lege în raport cu o parte și în mod clar, expres [iar termenul din art. 81 alin. (1) nu intervine în raport cu dispozițiile art. 81 alin. (1) și (2) și în ceea ce privește comitetul creditorilor, ci doar expres în raport cu practicianul în insolvență]. Totuși, după cum se va arăta la secțiunea privind termenul de introducere a acțiunilor în anulare, în cazul comitetului se pune problema aplicării termenului de prescripție de drept comun de 3 ani. În spirit practic, considerăm că în raport cu **principiul celerității**, *de lege ferenda* ar trebui prevăzut expres termenul în discuție și pentru comitetul creditorilor, dar cu un alt moment de începere a curgerii, dat fiind subsidiaritatea (de exemplu de când a luat sau trebuia să ia cunoștință comitetul creditorilor, în raport cu poziția practicianului sub acest aspect, că poate să formuleze acțiunea în anulare.)

Într-o altă opinie exprimată în doctrină, cu care nu suntem de acord, s-a apreciat (fără nicio analiză) că în cazul unei acțiuni în anulare introdusă de comitetul creditorilor mai înainte de expirarea termenului de un an, dacă mai apoi și practicianul în insolvență exercită acțiunea în anulare, atunci acțiunea introdusă de comitet se va stinge, pentru că având caracter subsidiar este rămasă fără interes. Or, opinia nu se poate reține, în condițiile în care pare ficțiune generată de o premisă nevalabilă. Legiuitorul nu a urmărit stabilirea unei subsidiarități și sub acest aspect, interesul nefiind punerea într-o situație de concurență a practicianului în insolvență, respectiv, a comitetului creditorilor, ci asigurarea posibilității de promovare a acțiunii fie și de către acesta din urmă. În ipoteza în discuție, în varianta în care cele două acțiuni sunt identice,

bineînțeles că doar una dintre acestea va putea să rămână pe rolul instanței. În acest sens trebuie să se analizeze în raport cu acțiunea formulată de către practician, dacă acțiunea introdusă de către comitet este admisibilă sau nu. Dacă introducerea acțiunii de către comitetul creditorilor se probează a se fi realizat în condițiile în care, la acel moment, neformularea acțiunii de către practician a avut un aspect definitiv, inclusiv raportat la întinderea termenului prevăzut de art. 81 alin. (1) (de exemplu practicianul a consemnat în raportul său că înțelege să nu formuleze acțiunea în anulare respectivă) atunci trebuie considerat că a operat transmiterea legitimității procesuale active de la practician la comitetul creditorilor, astfel că acțiunea practicianului se va respinge pentru lipsa legitimității menționate. În cazul contrar, acțiunea comitetului trebuie considerate a fi fost formulată când nu operase transferul către acesta al legitimității procesuale active, cu consecința respingerii acesteia.

Dacă nici practicianul, nici comitetul nu introduc acțiunea, dreptul în acest sens nu poate fi reclamat de alte părți din procedură (chiar dacă îndeosebi creditorii, debitorul ar fi interesat), indiferent dacă ar fi clar că practicianul sau creditorii din comitet au avut **interese contrare** promovării acțiunii, textele de lege fiind clare sub acest aspect.

În doctrină, s-a exprimat ideea că dacă practicianul renunță la continuarea unei acțiuni introduse (are dreptul să renunțe, bineînțeles), comitetul creditorilor ar putea continua această acțiune, făcând **opозиție** la actul de renunțare. Nu suntem de acord sub acest aspect, pentru că dacă practicianul renunță, renunță la judecată și se pronunță o hotărâre în acest sens, atacabilă cu **recurs**. Opoziția ar privi un **act de renunțare** pentru care practicianul este abilitat legal. Oricum legea nu prevede posibilitatea continuării acțiunii practicianului ci formularea ei de către comitet, dacă acesta nu o formulează. Prin urmare, dacă practicianul renunță, se consideră că acesta nu a formulat o acțiune, deci devine aplicabil dreptul comitetului de a formula acțiunea. Dacă practicianul a renunțat cu rea-credință, se poate cere sancționarea lui.

10.3. Pârâții

După cum s-a mai arătat, potrivit art. 85 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 au **calitate procesuală pasivă** în acțiunile în anulare prevăzute la art. 79 și art. 80 debitorul și, după caz, cocontractantul său.

10.3.1. Debitorul

În cazul persoanelor juridice, nu numai potrivit art. 85 alin. (6) dar și conform art. 18 alin. (2) lit. b) din Legea nr. 85/2006 debitorul este reprezentat la judecata acțiunilor în anulare de către administratorul special, deci citarea debitorului se va face prin acesta.

10.3.2. Cocontractanții

Cocontractanții sunt, în primul rând, părțile din actul sau operațiunea a cărei anulare se solicită, către care s-a efectuat de către debitor transferul.

Tot la categorie pârâților, având calitate procesuală pasivă trebuie menționat, deși nu este cocontractant al debitorului și subdobânditorul bunului, către care a transmis printr-un alt act sau altă operațiune, subsecventă cel care a dobândit direct, prin actul sau operațiunea inițială, de la debitor.

În această ipoteză, în care au intervenit, pe lângă actul inițial și unul sau mai multe acte subsecvente de transmitere, reclamantul trebuie să formuleze acțiunea în anularea mai întâi sub aspectul transferului de la debitor la cocontractantul acestuia și apoi în ceea ce privește transferul sau operațiunea subsecventă.

În formularea textului art. 85 alin (6) se prevede calitatea procesuală pasivă a cocontractantului „după caz”, ceea ce permite interpretarea în sensul că ar putea fi și cazuri în care cocontractantul debitorului nu are această calitate. Formularea constituie desigur o eroare de tehnică legislativă în redarea ideii că pot avea calitatea respectivă și cocontractantul debitorului (terțul dobânditor și subdobânditorul).

§11. Termenul pentru formularea acțiunilor în anulare [art. 81 alin. (1)]

Dispozițiile art. 81 alin. (1) prevăd că acțiunile prevăzute de art. 79-80 pot fi introduse de administratorul judiciar/lichidator în termen de un an de la data expirării termenului stabilit pentru întocmirea raportului prevăzut la art. 20 alin. (1) lit. b), dar nu mai târziu de 18 luni de la deschiderea procedurii.

Din dispozițiile menționate rezultă că, indiferent dacă s-a făcut raportul sau când s-a făcut, dacă se împlinește totuși termenul de 18 luni, care trebuie apreciat sub aspect cronologic drept un punct maxim, calculat de la deschiderea procedurii, practicianul nu mai are dreptul de a introduce acțiunea în anulare.

În mod evident legiuitorul a urmărit o limitare sub aspect cronologic a posibilității de exercitarea a dreptului material la formularea acțiunii, în cazul practicianului, textul privind limitarea respectivă nereferindu-se însă și la comitetul creditorilor.

Termenul prevăzut de art. 81 alin. (1) nu are cum să se confunde cu cele prevăzute în cuprinsul art. 79 și art. 80 referitoare la durata perioadei suspecte în cazul fiecăruia dintre actele avute în vedere de acestea.

În practica judiciară cât și în doctrină s-au exprimat opinii contrare cu privire la natura juridică a termenului prevăzut de art. 81 alin. (1).

Într-o opinie, provenită mai ales din rândul practicienilor în insolvență, s-a apreciat că termenul în discuție este de decădere și, prin urmare, nu este supus suspendării, întreruperii și nu implică repunerea în termen.

Într-o altă opinie, provenind în majoritate din doctrina tributară dreptului comun (în condițiile în care opinia judecătorilor sindici este neunitară) s-a susținut că termenul respectiv este supus regulilor prescripției extinctive, ceea ce înseamnă că poate fi întrerupt sau suspendat, sau poate interveni repunerea în termen.

În legătură cu acestea se poate discuta, pe de o parte, că dacă legiuitorul urmărea instituirea unui termen de prescripție ar fi precizat expres aceasta, ca în cazul acțiunii întemeiate pe dispozițiile art. 138. În raport cu art. 6 din Legea nr. 85/2006, promovarea acțiunii în anulare constituie în planul procedurii insolvenței privită în ansamblu, promovarea

unei proceduri, a unui act de procedură în raport cu care perceperea termenului respectiv ca unul de decădere este mai firească. În raport cu principiul celerității procedurii insolvenței, legiuitorul a avut în vedere un termen de decădere pentru derularea nestingherită a procedurii, pentru că cel de prescripție, tocmai pentru că implică și posibilitatea întreruperii, suspendării, repunerea în termen, ar constitui un impediment și ar conduce la tergiversarea procedurii.

Pe de altă parte, asigurarea celerității nu poate, în sine, să justifice aplicarea legii cu efecte inechitabile, în sensul că deși a interveni un motiv justificat pentru întreruperea, **suspendarea termenului**, pentru repunerea în termen, nu s-ar impune să se dea curs acestora. Este adevărat că în contextul în care prin Legea nr. 85/2006 se reglementează o procedură, percepția prioritară este că limitarea printr-un termen a exercitării unui act de procedură ar consta într-o **decădere**, dar acest aspect subiectiv nu este deloc suficient pentru a stabili natura juridică a termenului în discuție. Din moment ce legiuitorul nu a înțeles să precizeze expres că termenul este unul de decădere, în contextul analizei compatibilității dispozițiilor dreptului comun cu cele ale legii speciale potrivit art. 149, prioritate au cele privind prescripția, astfel că nu mai are o prea mare relevanță faptul că legiuitorul nu a precizat expres, nici că termenul ar fi unul de **prescripție extinctivă**. În acest context, este tranșant sub aspectul în discuție faptul că, în general, dreptul material la acțiune nu poate fi sustras regulilor privind prescripția extinctivă, decât în cazul în care această sustragere ar fi prevăzută prin dispoziții legale exprese, cu titlu de excepție (adică, regula este că prescripția este de aplicare generală, mai puțin în cazul unor excepții de la această regulă, care trebuie să fie exprese). Dacă legea nu ar prevedea un anume termen de prescripție, ar fi aplicabil termenul de prescripție general, de trei ani, prevăzut de dreptul comun.

Prin urmare, termenul prevăzut de art. 81 alin. (1) trebuie avut în vedere ca un termen de prescripție, cu caracter special, în contextul în care este prevăzut într-o lege specială, căruia îi sunt aplicabile regulile privind suspendarea, întreruperea, repunerea în termen, iar motivele invocate pentru acestea nu trebuie să le excludă în primul rând pe cele rezultând din legea specială, precum și pe acelea din dreptul comun, dar acestea din urmă în măsura compatibilității. De exemplu, cel rezul-

tând din ipoteza reglementată de art. 8 alin. (7), în cazul în care cauza se suspendă pentru soluționarea unei **excepții de neconstituționalitate** de către Curtea Constituțională, durata suspendării în ipoteza respectivă justificând suspendarea curgerii termenului de prescripție în mod corespunzător.

Considerăm necesar să precizăm, că în raport cu necesitatea unei aplicări efective în practica judiciară a principiului celerității legiuitorului ar putea avea în vedere, *de lege ferenda*, precizarea în mod expres, a termenului prevăzut de art. 81 alin. (1) drept termen de decădere. Aceasta, inclusiv pentru comitetul creditorilor, dar în cazul acestuia cu un alt moment de începere a curgerii, desigur, de exemplu de la momentul la care s-a cunoscut sau trebuia să se cunoască faptul că, în raport cu poziția practicianului, se poate formula acțiunea în anulare. Într-o asemenea eventualitate, în condițiile în care s-ar menține și durata termenului respectiv, s-ar putea deduce și faptul că dreptului material la acțiunea în anulare nu i-ar fi aplicabilă prescripția extinctivă; aceasta deoarece, în fapt, dacă termenul din art. 81 alin. (1) ar fi de decădere, atunci un eventual termen de prescripție ar putea fi doar cel de **drept comun**, de trei ani, care ar putea începe să curgă cel mai devreme de când sunt desemnați practicianul, respectiv comitetul creditorilor, deci un astfel de termen s-ar împlini oricum numai după împlinirea și a celui mai lung dintre termenele din art. 81 alin. (1), astfel că reținerea împlinirii prescripției ulterior aplicării sancțiunii decăderii ar fi inutilă.

În raport cu cele arătate mai sus, referitor la cazul formulării acțiunii în anulare de către practicianul în insolvență, pentru ipoteza formulării acțiunii de către comitetul creditorilor, acestuia trebuie să îi fie aplicabil termenul de prescripție de trei ani prevăzut de dreptul comun, care trebuie să fie considerat (pe calea adaptării prescripțiilor dreptului comun la caracterul special al procedurii și îndeosebi la împrejurarea în discuție – pentru că altfel nu sunt prevăzute dispoziții exprese) că începe să curgă cel mai devreme, nu de când comitetul creditorilor a cunoscut sau trebuia să cunoască despre posibilitatea formulării acțiunii pe fond (pentru că, și dacă cunoaște aspectul respectiv, aceasta nu va avea relevanță cât timp nu rezultă și că practicianul în insolvență nu formulează acțiunea), ci de când a cunoscut sau trebuia să cunoască, în raport cu poziția practicianului sub acest aspect că poate formula

acțiunea în anulare. Aceasta, bineînțeles, nu mai devreme de deschiderea procedurii și, respectiv, de desemnarea comitetului în procedură. Este de reținut că împlinirea termenelor de prescripție face imposibilă în continuarea procedurii, formularea acțiunii în anulare de către practicianul în insolvență. Indiferent de aceasta, actul ce ar fi putut fi vizat prin acțiunea în anulare specifică procedurii insolvenței, poate fi atacat în paralel prin acțiuni în nulitate de drept comun, la instanța de drept comun, de către debitor, reprezentat potrivit dispozițiilor legale aplicabile la acel moment.

§ 12. Perioada din procedura insolvenței în care se pot formula acțiunile în anulare

Dispozițiile art. 81 alin. (1) prevăd un termen a cărui împlinire înlătură posibilitatea introducerea acțiunilor în anulare de către administratorul judiciar/lichidator dar intervalul de timp în care se împlinește acesta nu delimitează în mod exclusiv și perioada din procedură în care, în fapt, există posibilitatea formulării acțiunilor în anulare. Astfel, momentul din procedură de la care pot fi formulate acțiunile nu este în mod obligatoriu acela privind întocmirea raportului prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b). Prevederea acestui moment s-a avut în vedere de principiu, în ideea că raportul respectiv reflectă examinarea activității debitorului de către administratorul judiciar/lichidator și posibilitatea – în funcție de aceasta – de a cunoaște eventualele **transferuri** în dauna creditorilor efectuate de debitor, în măsură să determine promovarea unei acțiuni în anulare. Cum informații și/sau probe despre astfel de transferuri pot apare în procedură și anterior momentului prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b), rezultă că, în principiu, acțiunile în anulare pot fi introduse începând și cu momentul deschiderii procedurii sau, respectiv, al desemnării în cauză a practicianului în insolvență, titular al legitimării procesuale active. În raport cu acest aspect s-a prevăzut că termenul de 18 luni din art. 81 alin. (1) curge de la deschiderea procedurii.

În ceea ce privește momentul limită din procedura de ansamblu a insolvenței, până la care pot fi introduse acțiunile în anulare, acesta poate fi chiar închiderea procedurii propriu-zise (cuprinzând procedura reorganizării și/sau procedura falimentului), dar aceasta cu următoarele

precizări necesare, care trebuie avute în vedere: 1) pentru cazul formulării acțiunii de către practicianul în insolvență, închiderea procedurii propriu-zise să intervină mai înainte de împlinirea termenului prevăzut de art. 81 alin (1); (2) pentru comitetul creditorilor închiderea procedurii propriu-zise să intervină înainte de împlinirea termenului de prescripție de trei ani prevăzut de dreptul comun (în acest caz formularea acțiunilor în anulare nu este limitată de termenul de prescripție din art. 81 alin. (1); (3) chiar dacă acțiunea în anulare a rămas singura procedură care mai este de efectuat în procedura propriu-zisă, închiderea acestei din urmă proceduri se va proroga până la soluționarea acțiunii în anulare ca **act de procedură**. Aceasta, deoarece natura și consecințele acțiunii în anulare sunt diferite de cele ale acțiunii în atragerea răspunderii în temeiul art. 138 din lege, nejustificând continuarea derulării ei în cauză și după închiderea procedurii propriu-zise, ci dimpotrivă, dat fiind că închiderea procedurii propriu-zise descarcă practicianul în insolvență titular al acțiunii în anulare de îndatoririle și atribuțiile specifice acestei proceduri, iar scopul acțiunii în anulare este reîntoarcerea în averea debitorului a bunurilor transferate; de asemenea, chiar dacă procedura se încheie în urma unei reorganizări reușite, ulterior încheierii debitorul nu mai are această calitate, iar în cazul falimentului intervine radierea.

§13. Calcularea și respectarea termenului prevăzut de art. 81 alin. (1)

În cuprinsul art. 81 alin. (1) sunt formulate două termene, cel de un an și cel de 18 luni. Aplicabilitatea lor intervine în mod subsidiar. Astfel, dacă termenul de un an se împlinește efectiv mai devreme de împlinirea celui de al doilea, atunci acțiunea nu mai poate fi formulată în raport cu primul termen, la împlinirea acestuia. Dacă primul termen ar urma să se împlinească efectiv după împlinirea celui de al doilea, atunci efectul menționat intervine în raport cu cel de al doilea termen.

Primul termen începe să curgă de la momentul raportului prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b), dar în fapt acesta poate să intervină și la mai mult de 60 de zile de la desemnarea practicianului. Termenul de 60 de zile urmărește asigurarea celerității dar nu e imperativ: astfel cum rezul-

tă implicit din text, în fapt termenul respectiv poate ajunge să fie mai mic sau mai mare de 60 de zile. Aceasta, din diferite motive care pot interveni, cum ar fi caracterul complex al examinării debitorului care necesită timp în plus, înlocuirea administratorului judiciar desemnat provizoriu cu cel ales de creditorii, etc. Oricum, depășirea termenului de 60 de zile nici nu poate fi sancționată direct, ci doar la eventuala plângere a creditorilor. Chiar judecătorul sindic poate extinde termenul inițial de 60 de zile printr-o hotărâre, dacă aceasta se justifică. În funcție de momentul la care se va împlini efectiv, după caz, termenul prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b), împlinirea termenului de un an poate interveni, la rândul ei, efectiv, fie înainte fie după împlinirea termenului de 18 luni.

În ceea ce privește curgerea celui de al doilea termen, acesta nu ridică probleme, începând să curgă de la un moment fix, acela al deschiderii procedurii, prin sentința pronunțată de judecătorul sindic. Acesta nu poate fi apreciat ca un termen de recomandare – cum s-a exprimat o opinie în doctrină – din moment ce, astfel cum s-a arătat, îi sunt aplicabile regulile prescripției extinctive.

Este evident că, și după împlinirea termenului de 18 luni, pentru comitetul creditorilor termenul propriu de prescripție, de trei ani, încă este neîmplinit, de regulă, ceea ce permite formularea acțiunii.

Față de cele arătate, nu se poate reține ca fiind justificată opinia exprimată în doctrină în sensul că după împlinirea termenului de un an prevăzut de art. 81 alin. (1) comitetul creditorilor nu ar mai avea la dispoziție pentru a formula acțiunea, în condițiile în care practicianul nu a făcut-o, decât timpul care a mai rămas până la împlinirea termenului de 18 luni din același text de lege.

Referitor la aspectul respectării termenului prevăzut de art. 81 alin. (1), în raport cu analiza dispozițiilor respective, coroborat cu dispozițiile art. 81 alin. (2), art. 20 alin. (1) lit. b), art. 11 alin. (2), art. 5 alin. (2), rezultă că practicianul își exercită atribuțiile (care devin practic obligații legale) corespunzător prescripțiilor legale, în primul rând cele manageriale din procedură, dacă examinează activitatea debitorului și sub aspectul măsurii în care acesta a efectuat sau nu acte atacabile prin acțiuni în anulare și face mențiunea sub acest aspect încă din raportul prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b), inclusiv dacă va formula sau nu acțiunea. Desigur că aceste aspecte pot suporta amânarea, la cererea

justificată în acest sens, eventual chiar prin dispoziția judecătorului sindic, cu respectarea principiului celerității. Neformularea acțiunilor fără motive întemeiate poate justifica o cerere de înlocuire a practicianului în insolvență. În orice caz, practicianul nu poate păstra tăcerea un an, respectiv, 18 luni de la raportul privind examinarea debitorului, respectiv de la deschiderea procedurii în ceea ce privește aspectul formulării sau neformulării acțiunii pe motiv că ar avea un an/18 luni la dispoziție pentru a se decide; aceasta, deoarece termenul prevăzut de art. 81 alin. (1) este o sancțiune, pe care practicianul în insolvență nu o poate schimba într-un beneficiu. Comitetul creditorilor, administratorul special și, bineînțeles, judecătorul sindic au posibilitatea de a interveni procedural sub acest aspect. Dacă închiderea procedurii e iminentă și încă nu s-a formulat acțiunea, se poate reține că practicianul este în situația de a nu formula acțiunea în anulare, astfel că poate fi formulată de către comitetul creditorilor. Împlinirea termenului de 1 an/18 luni constituie doar una dintre dovezile certe în sensul neformulării acțiunii de către practicianul în insolvență.

§14. Restituirea de către terțul dobânditor sau de către subdobânditor a bunurilor înstrăinate de debitor sau a valorii acestora

După cum s-a arătat, scopul promovării unei acțiuni în anulare atât în temeiul art. 79 cât și art. 80 constă în reîntregirea averii debitorului.

În general, efectul admiterii acțiunii și anulării totale sau parțiale a actului vizat constă în lipsirea de efecte juridice a acestuia, total sau parțial (*quod nullum est nullum producit efectum*). În cazul în care actul a fost executat până la admiterea acțiunii (respectiv, în măsura în care a fost executat) se va desființa în urmă, părțile revenind la situația anterioară încheierii actului respectiv (ceea ce înseamnă această revenire în mod specific procedurii insolvenței, parțial în mod diferit de dreptul comun se va arăta mai departe), iar dacă nu a fost executat, nu va mai putea fi executat, cu rămânerea părților în situația anterioară (bunul debitorului, care ar fi trebuit să fie transmis de debitor, rămâne la debitor iar contraprestația cocontractantului rămâne la acesta din urmă).

De precizat că în cazul acțiunii în anulare reglementată potrivit art. 79-85 din Legea nr. 85/2006 se poate vorbi de o anulare parțială doar în măsura în care ceea ce nu e supus anulării nu privește dauna patrimonială produsă creditorilor la care se referă art. 79 sau drepturile patrimoniale la care se referă art. 80, pentru că în raport cu aceste aspecte actul se anulează în totalitate.

În cazul acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 79, în care actul poate fi atât patrimonial cât și nepatrimonial se urmărește reîntregirea averii debitorului prin repararea daunei produse prin orice act care îndeplinește condițiile din art. 79, inclusiv acte de constituire sau transfer al unui bun către terți dar altele decât cele enumerate în art. 80, (deci repararea daunei include, după caz, mai mult decât restituirea bunului transmis altfel decât potrivit art. 80). Aceasta se realizează în fapt și în drept în forma care rezultă, după caz, din dreptul comun, în măsura în care nu sunt prevăzute dispoziții speciale în Legea nr. 85/2006 (cum ar fi art. 83 și art. 84, care sunt însă aplicabile doar pentru acțiunile admise în baza art. 80) și dacă sunt compatibile potrivit art. 149 (de exemplu, principiile dreptului comun referitoare la efectele bunei/relei credințe, etc.).

Dispozițiile art. 79 au fost prevăzute în ideea că procedura nu poate fi lipsită de posibilitatea de ordin general de formulare a unor acțiuni în anulare, în raport cu criteriul obiectului și conținutului actelor, împotriva și a altor (oricărora) categorii de acte prin care s-a redus activul debitorului, nu numai a celor specifice din art. 80.

Desigur însă că trebuie avute în vedere în primul rând cele prevăzute de art. 80, specifice sub aspect principal procedurii insolvenței, și aceasta inclusiv la examinarea activității debitorului și întocmirea raportului prevăzut de art. 20 alin. (1) lit. b). Ceea ce este specific atât pentru acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 79 cât și pentru aceea întemeiată pe art. 80, este prezumția prevăzută de art. 85 alin. (3), care are menirea de a reuni ambele categorii de acțiuni în „aria” procedurii insolvenței. În cazul acțiunii întemeiată pe dispozițiile art. 79, constituind categoria generală, supusă mai mult dreptului comun sub aspectul soluționării, deci nu atât de specifică în raport cu procedurii insolvenței ca acțiunea pe art. 80, legiuitorul nici nu avea cum să prevadă într-o lege specială (al cărei scop de reglementare este menționarea dispo-

zițiilor cu caracter special, derogatoriu de la dreptul comun) dispoziții speciale cu privire la efectele admiterii acestei acțiuni, pentru că aceste efecte sunt supuse în cea mai mare parte regulilor din dreptul comun. Dimpotrivă, în cazul acțiunii specifice procedurii, întemeiată pe dispozițiile art. 80, s-au prevăzut astfel de dispoziții speciale, cum ar fi art. 83, art. 84, art. 85 alin. (2), (3):

În cazul acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 80, reîntregirea averii debitorului vizează (doar) restituirea bunului înstrăinat prin actul respectiv, dacă acesta mai există sau a valorii acestuia, dacă bunul nu mai există. Aceste acțiuni în anulare sunt specifice procedurii insolvenței îndeosebi prin caracterul distinct al actelor vizate pentru anulare.

În contextul admiterii acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 80, efectele acestei admiteri, adică problema restituirii, sunt reglementate diferit în cazul terțului dobânditor (cocontractantul debitorului) față de situația restituirii de către eventualii subdobânditori față de transferul inițial.

14.1. Restituirea de către terțul dobânditor (cocontractantul debitorului)

Potrivit art. 83 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 terțul dobânditor în cadrul unui transfer patrimonial anulat conform art. 80 va trebui să restituie averii debitorului bunul transmis sau, dacă bunul nu mai există, valoarea acestuia de la data transferului efectuat de către debitor.

Efectul admiterii acțiunii este astfel clar prevăzut de legiuitor. Hotărârea de admitere a acțiunii constituie titlul în baza căruia bunul reîntră în averea debitorului și este executorie, putând fi supusă executării silite prin executorul judecătoresc, pentru realizarea restituirii în mod efectiv.

Potrivit art. 83 alin. (3), în cazul în care terțul dobânditor a dobândit bunul cu titlu gratuit și de **bună-credință** (acestea fiind condiții cumulative), se va restitui bunul în starea în care se găsește (distrugerea acestuia după admiterea acțiunii, schimbă datele problemei), iar în lipsa lui se va restitui diferența de valoare cu care s-a îmbogățit terțul dobânditor. Dacă a fost de rea-credință, terțul dobânditor va restitui în toate cazurile întreaga valoare precum și fructele percepute.

Prin lipsa bunului se înțelege nu numai că acesta nu mai există în materialitatea lui dar și că nu se mai află la terțul dobânditor fiind transmis de acesta (în acest din urmă caz se va formula acțiune și pentru anularea actului subsecvent, dacă situația o permite) sau scos din circuitul civil.

În doctrină s-a exprimat opinia că în cazul actelor prin care s-au transferat bunuri individual determinate, cu titlu oneros, iar la data actului dobânditorul s-a aflat în eroare comună și invincibilă, acțiunea în anulare ar putea fi paralizată invocându-se teoria aparenței de drept (*error communis facit ius*). Considerăm că opinia este contrazisă prin textele de lege exprese [art. 83 alin. (1)], în condițiile în care prin dovedirea intervenirii erorii s-ar dovedi de fapt **buna-credință** a terțului dobânditor. Or, cel puțin în cazul art. 80 și în cazul existenței bunei-credințe legiuitorul a avut în vedere admiterea acțiunii și restituirea bunului, buna sau reaua credință neintrând de fapt în conținutul expres al actelor descrise la art. 80 (conținut care este prevăzut ca justificare suficientă în măsură să atragă anularea), existența bunei sau relei credințe fiind în măsură să atragă o modalitate sau alta a efectelor admiterii acțiunii, în înțelesul art. 83 alin. (2), (3) din lege. În plus, mai trebuie avut în vedere și debitorul, care trebuie să fie sancționat pentru efectuarea unor astfel de acte în dauna creditorilor săi, deoarece acesta știa sau trebuia să știe că actul este anulabil.

Restituirea bunului de către terțul dobânditor în averea debitorului nu constituie decât o parte din revenirea la situația anterioară astfel cum este înțeleasă în dreptul comun. Dacă s-ar aplica dreptul comun ar trebui să se restituie și contraprestația primită de debitor de la terțul dobânditor. Or, reglementarea insolvenței prevede un alt efect al admiterii acțiunii în anulare sub acest din urmă aspect.

Astfel, urmare a faptului că terțul dobânditor se vede lipsit de bunul ce îi fusese transferat de către debitor sau de valoarea acestuia (deci restituirea a intervenit efectiv), legiuitorul a prevăzut prin art. 83 alin. (2) că terțul dobânditor obține împotriva averii debitorului o creanță de aceeași valoare, dar doar dacă a acceptat transferul cu bună-credință și fără intenția de a-i împiedica, întârzia sau înșela pe creditorii debitorului (în acest fel delimitându-se valențele relei credințe). În caz contrar, terțul dobânditor pierde creanța sau bunul rezultat din repunerea în

situația anterioară, în favoarea averii debitorului. De exemplu, în cazul în care transferul s-a făcut sub forma unui schimb de bunuri, bunul dat la schimb debitorului de către terțul dobânditor va rămâne în averea debitorului, unde se întoarce și bunul transmis de debitor, ca urmare a repunerii în situația anterioară. Reaua-credință a terțului dobânditor trebuie dovedită întotdeauna, ca și în dreptul comun, doar buna-credință fiind prezumată. În mod evident, dacă în acțiunea în anulare nu se invocă și nu se probează reaua-credință, efectele admiterii acțiunii vor fi corespunzătoare existenței bunei credințe.

Prin urmare, în ceea ce privește contraprestația, aceasta nu este restituită de către debitor terțului dobânditor (cum ar fi în condițiile dreptului comun în contextul revenirii la situația anterioară), ci cel mult, această contraprestație se transformă într-un drept de creanță (aceasta însemnând în mod specific revenirea la situația anterioară în cadrul insolvenței) în condițiile arătate. În cazul în care actul a fost cu titlu gratuit este evident că nu există o contraprestație. Rațiunea acestei situații este aceea că debitorul se află în **stare de insolvență** și orice plăți sau ieșiri de bunuri din averea sa se pot efectua doar potrivit legii insolvenței (doar pentru plățile privind administrarea a procedurii și pentru plata creanțelor creditorilor, în modalitățile prevăzute de lege, în cadrul acestora neincluzându-se și restituirea contraprestației). Desigur, **principiul disponibilității** părților se aplică în acest caz terțului dobânditor, acesta putând dobândi calitatea de creditor în procedură doar dacă înțelege să formuleze **declarație de creanță**.

Interesant este faptul că și în cazul în care actul a fost anulat pe motiv că a fost derizorie contraprestația, terțul dobânditor dobândește dreptul la o creanță de valoare egală cu a bunului iar nu cu aceea a contraprestației. Desigur așa și este echitabil, dar poate ar fi fost la fel de corect ca terțul dobânditor să fie sancționat, având dreptul doar la o creanță în limita contraprestației. Oricum, el riscă destul de mult și să nu mai ajungă să recupereze acea creanță, în raport cu regulile de distribuire din reglementarea procedurii insolvenței.

Se mai pune problema dacă terțul dobânditor de bună-credință, cu titlu gratuit este îndreptățit, dacă a restituit bunul sau valoarea potrivit art. 83 alin. (3), să formuleze declarație de creanță. Aceasta în condițiile în care nu se pune problema că ar avea o contraprestație de recuperat;

pe de altă parte, textul de lege nu interzice expres formularea declarației de creanță, dimpotrivă, situația lui poate fi încadrată în dispozițiile art. 83 alin. (2), prin urmare înclinăm să credem că acesta poate formula declarația de creanță, cu mențiunea că în doctrină s-a susținut și opinia contrară.

În doctrină s-a susținut că prin dispozițiile art. 83 alin. (2) s-a instituit legal o veritabilă prezumție absolută de complicitate a terțului dobânditor la fraudă comisă de debitor, indiferent dacă actul a fost cu titlu oneros sau cu titlu gratuit sau de buna sau reaua-credință a terților dobânditori, aceștia fiind tratați ca niște complici ai debitorului față de care există prezumția că a fraudat creditorii. Se susține în sensul arătat, în principal că în context este vorba de o răspundere obiectivă cu reguli exagerate (în sensul că și terțul dobânditor de bună-credință este obligat la restituirea bunului, deși în dreptul civil buna-credință este ocrotită, iar în cazul în care a dobândit cu titlu oneros se poate înscrie la masa credală însă în calitate de creditor chirografar și va aștepta să fie plătit după creditorii privilegiați, dacă vor mai fi sume disponibile). În opinia arătată se susține că ar fi mai corect să se țină cont de buna sau reaua credință, de titlul oneros sau gratuit, bineînțeles mai puțin, de exemplu, în cazul prevăzut de art. 80 alin. (1) lit. c) în care textul are în vedere „intenția tuturor părților implicate” în sensul prezumării relei credințe pentru părțile respective.

Or, într-adevăr, așa cum am mai arătat, buna sau reaua credință nu au fost avute în vedere expres de către legiuitor și, de asemenea, nici titlul gratuit sau oneros, ca motive pentru anularea actului, acestea având relevanță doar pentru determinarea modalităților efectelor admiterii acțiunii. Legiuitorul a avut în vedere sub acest aspect cadrul principal specific materiei insolvenței, în care se urmărește scopul prevăzut în art. 2 din lege (plata creditorilor din masa activelor debitorului). În raport cu prezumția prevăzută de art. 85 alin. (3) actul trebuie anulat, pentru a se înlătura sărăcirea masei activului debitorului în vederea menținerii șanselor de plată a creanțelor, ceea ce are prioritate față de ideea menținerii unui act care nu reflectă decât oportunitatea terțului dobânditor de a obține un bun pe seama creditorilor și exclude ideea ocrotirii bunei credințe a acestuia, nefiind compatibilă (nu se pot urmări două scopuri contrare în același timp). Oricum, este mai grea situația creditorilor decât situația terțului dobânditor – care și el trebuie să

manifeste diligență față de oportunitățile care i se ivesc; de altfel, o anume distincție chiar se are în vedere de legiuitor pentru persoana de bună-credință, aceasta netrebuind să restituie și fructele percepute. Nu poate fi vorba de o prezumție legală sau de o complicitate nici în raport cu aspectul de fapt real, nici cu prevederile legii, în condițiile în care potrivit art. 85 alin. (3) **prezumția de fraudă** în dauna creditorilor nu se extinde expres și la terțul dobânditor nici la subdobânditor. Recurgerea la distincții în raport cu buna sau rea credință sau cu titlul oneros sau gratuit nu ar respecta obiectul, principiile și scopul procedurii insolvenței.

14.2. Restituirea de către subdobânditor

În cazul în care terțul dobânditor, care a dobândit de la debitor, a încheiat la rândul său un alt act de înstrăinare a bunului ce i-a fost transmis de către debitor, către un subdobânditor, dacă primul act, dintre debitor și terțul dobânditor este anulat și acest din urmă act va fi, de asemenea, desființat (*resolutio iure dantis, resolvitur ius accipientis*). Dacă subdobânditorul a transmis la rândul lui unui alt subdobânditor, subsecvent, sunt aplicabile tot dispozițiile art. 84.

Potrivit art. 84 din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar, lichidatorul sau, după caz, comitetul creditorilor vor putea introduce acțiune pentru a recupera de la subdobânditor bunul ori valoarea bunului transferat de către debitor, numai dacă subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial este susceptibil de a fi anulat.

Dispozițiile art. 84 vin în continuarea enumerativă a art. 79 și art. 80 instituind practic o a treia categorie de acțiuni, distinctă de celelalte, privind însă pe subdobânditori și, practic, accesorie celorlalte două categorii de acțiuni. Legiuitorul a preferat să arate scopul unei astfel de acțiuni, acela de recuperare a bunului, dar în concret, cu siguranță nu poate fi vorba decât tot de o acțiune în anulare, a actului prin care bunul s-a transferat de la terțul dobânditor la subdobânditor sau subsecvent, de la un subdobânditor la altul. Pentru această acțiune legiuitorul a prevăzut reguli distincte de promovare și admitere deci nu se vor

aplica regulile de la art. 83 – pentru că acelea sunt aplicabile terțului dobânditor nu și subdobânditorului.

O primă condiție generală pentru admiterea acestei acțiuni este ca actul inițial să fie anulat (sau cel inițial și celelalte subsecvente anterioare, dacă e vorba și de mai mulți subdobânditori anteriori). Condiția rezultă pe cale de interpretare din formularea art. 84 alin. (1). În fapt, uneori acțiunea privind actul inițial dintre debitor și terțul dobânditor poate fi separată de acțiunea împotriva subdobânditorului. În principiu ele trebuie judecate împreună, chiar în cazul în care terțul dobânditor se apără în sensul că a transmis deja bunul, caz în care se poate face o completare a acțiunii inițiale și în ceea ce privește actul subsecvent, în care vor fi chemați în calitate de pârâți și subdobânditorii.

Actul dintre terțul dobânditor și subdobânditor sau dintre doi subdobânditori subsecvenți poate fi anulat, potrivit art. 84 alin. (1) dacă subdobânditorul nu a plătit valoarea corespunzătoare a bunului și cunoștea sau trebuia să cunoască faptul că transferul inițial (și, după caz, cele subsecvente anterioare) este susceptibil de a fi anulat (deci știa sau trebuia să știe că îi sunt aplicabile prevederile de la art. 80, îndeosebi). Cele două condiții sunt cumulative iar nu alternative.

Neplata valorii corespunzătoare a bunului înseamnă că subdobânditorul nu a plătit sau a plătit mai puțin din valoarea reală a bunului.

Condiția privind faptul că subdobânditorul cunoștea sau trebuia să cunoască anulabilitatea actului inițial, constituie un aspect de fapt ce ține de atitudinea subiectivă a acestuia, care trebuie să fie probat, de exemplu în sensul că știa că actul a fost efectuat într-o perioadă în care debitorul se afla în stare de insolvență, iminentă sau prezumată. În lipsa probei se va considera că subdobânditorul nu știa despre anulabilitatea actului inițial și atunci acțiunea se va respinge.

De asemenea, condițiile respective constituie în același timp motive limitativ prevăzute pentru promovarea acțiunii împotriva subdobânditorului, în lipsa lor nejustificându-se formularea acesteia. În cazul art. 84 buna-credință (în sensul plății valorii corespunzătoare și al faptului că nu s-a cunoscut sau nu se putea cunoaște anulabilitatea actului inițial) atrage respingerea acțiunii.

Potrivit art. 84 alin. (2) dacă subdobânditorul este soț, rudă sau afin până la gradul al patrulea inclusiv al debitorului, legiuitorul instituie o prezumție legală relativă (care poate fi deci înlăturată prin proba

contrară de către persoanele enumerate) în sensul că acesta a cunoscut împrejurarea prevăzută la art. 84 alin. (1). Presumția nu se referă și la ipoteza în care legătura de rudenie sau de afinitate menționată intervine în ipoteza în care un subdobânditor a transmis unui alt subdobânditor subsecvent, dar se aplică pentru orice subdobânditor din șirul celor subsecvenți care se află în legături de rudenie sau afinitate menționate cu debitorul care a transmis inițial. Nu are importanță dacă debitorul și subdobânditorul sunt persoane fizice sau este vorba de reprezentanți ai unor persoane juridice sau dacă debitorul a transmis mai întâi unui intermediar care nu e rudă sau afîn și apoi subdobânditorului care are această calitate.

Dacă subdobânditorul a plătit valoarea corespunzătoare și nu a cunoscut sau nu putea să cunoască anulabilitatea actului inițial, atunci acțiunea se va respinge. Dacă acțiunea se admite, atunci bunul sau, în lipsa lui, valoarea acestuia se restituie în averea debitorului.

Legiuitorul nu s-a mai preocupat în ipoteza admiterii acțiunii împotriva subdobânditorului să precizeze expres cine se poate înscrie cu creanța în procedura insolvenței împotriva debitorului și, respectiv, cine suportă riscul nerecuperării efective a creanței în procedura insolvenței, subdobânditorul sau terțul dobânditor, pentru că dispoziția în acest sens se referă expres doar la terțul subdobânditor. Credem că această omisiune nu e întâmplătoare. Subdobânditorul ar putea fi dacă se reține că bunul se restituie din patrimoniul lui în averea debitorului; dar, urmare a anulării actului care îl privește, nu se poate considera că bunul ar fi fost legal în patrimoniul lui, astfel că, drept consecință a anulărilor de acte succesive se ajunge tot la situația inițială, adică la actul dintre debitor și terțul dobânditor, căruia i se aplică dispozițiile art. 83 alin. (2). Pentru contraprestația pierdută, dacă terțul poprit (sau, în mod corespunzător, subdobânditorii succesivi anteriori) nu înțeleg să restituie contraprestația de bună voie, subdobânditorul va putea regresa în condițiile dreptului comun împotriva autorului lui, până la terțul subdobânditor, pentru evicțiune. Terțul dobânditor trebuie, în consecință, să se înscrie imediat la masa credală, pentru a-și păstra șansele de recuperare a creanței, pentru că plata contraprestației primită de la cocontractantul său o va plăti acestuia.

Acțiunea împotriva subdobânditorului poate fi formulată atât de către practicianul în insolvență cât și de către comitetul creditorilor, în condițiile arătate la art. 81.

§15. Publicitatea acțiunii în anulare

Potrivit art. 85 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 cererea pentru anularea unui transfer cu caracter patrimonial se va nota, din oficiu, în registrele de publicitate aferente.

De cele mai multe ori terțul dobânditor știe, sau dacă nu, află sau realizează în raport cu împrejurările transferului (preț mai mic decât al pieței, graba debitorului vânzător, situația financiară a acestuia, etc.), că actul prin care a dobândit bunul este anulabil și în această situație va avea tendința, pe care o va pune în practică, de a transmite la rândul său bunul respectiv, în încercarea de a scăpa în mod oneros de situația în care a intrat; tendința în sensul arătat poate continua și în ceea ce privește subdobânditorii subsecvenți. Aceasta poate face dificilă realizarea în fapt a scopului acțiunii în anulare iar dispozițiile art. 85 alin. (1) urmăresc să reducă potențialul șir de transferuri.

Prin registrele de publicitate aferente se au în vedere în primul rând cartea funciară pentru cazul în care bunul transmis este un imobil, precum și Arhiva electronică pentru garanții mobiliare, Comisia Națională a Valorilor Mobiliare, etc. Notarea se face din oficiu, la adresa înaintată de către reclamantul în acțiunea în anulare; judecătorul sindic poate să-și de concursul în acest scop (fără a considera că aceasta ar fi o obligație exclusivă a judecătorului sindic), în raport cu reglementarea legală privind registrul respectiv.

Notarea are ca efect, potrivit art. 85 alin. (2), faptul că o persoană obținând un titlu sau dobândind o garanție ori un alt drept real asupra bunului respectiv după efectuarea unei astfel de notări, va avea titlul sau dreptul său condiționat de dreptul de a fi recuperat bunul. Altfel spus, titlu, garanția sau alt drept real obținut de o persoană după notarea respectivă nu va rămâne valabil dacă acțiunea în anulare este admisă, bunul restituindu-se la averea debitorului și va rămâne valabil dacă acțiunea se respinge. Practic dreptul de a fi recuperat bunul la averea debitorului este făcut opozabil potențialilor subdobânditori subsecvenți

de drepturi asupra bunului prin notarea respectivă, dreptul acestora fiind sub condiția rezolutorie legată de modul de soluționare a acțiunii în anulare (art. 79, art. 80, art. 84). Admiterea acțiunii înseamnă desființarea retroactivă a dreptului subdobânditorilor de drepturi, în timp ce respingerea acțiunii înseamnă consolidarea retroactivă a dreptului respectiv.

§ 16. Presumția de fraudă în dauna creditorilor

Potrivit art. 85 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, dacă sunt îndeplinite condițiile art. 79 și art. 80, se instituie – referitor la debitor – o **presumție relativă de fraudă** în dauna creditorilor; **presumția** poate fi răsturnată de către debitor și nu se extinde la terțul dobânditor sau la subdobânditor.

Presumția astfel instituită constituie în primul rând o facilitare și o completare a probatoriului în dovedirea acțiunilor în anulare. După cum s-a arătat anterior în contextul analizei criteriilor de delimitare între acțiunea întemeiată pe dispozițiile art. 79 și, respectiv, art. 80 (cărora li se poate atașa și acțiunea la care se referă art. 84), pentru admiterea acțiunilor respective trebuie să se dovedească mai întâi îndeplinirea condițiilor referitoare la actul de anulat astfel cum rezultă din textele de lege respective. Îndeplinirea acestor condiții plasează actul respectiv în contextul specific procedurii insolvenței, în sensul că a fost efectuat sub manta insolvenței, în **perioada suspectă**, accentuând situația negativă pentru creditori, care suferă astfel nu numai sub aspectul că sunt puși în situația de a-și recupera creanțele potrivit regulilor procedurii insolvenței (caracterul concursual) dar li se și îngreunează posibilitatea efectivă de recuperare a creanței din averea debitorului. Tocmai probarea acestui aspect este vizat prin **presumția** în discuție, care face astfel legătura cu aspectele de principiu legate de scopul și specificul procedurii insolvenței prin prisma apărării interesului creditorilor, **frauda** în dauna creditorilor însemnând determinarea de către debitor, în mod fraudulos a ceea ce în mod similar reprezintă prejudiciul specific, prin opoziție cu prejudiciul material al creditorilor în cazul acțiunilor întemeiate pe dispozițiile art. 138 din Legea nr. 86/2006, la care în cazul acțiunilor în anulare se adaugă determinarea în același mod a reducerii averii debitorului și în mod corelativ a șanselor de acoperire a creanțelor creditorilor. Practic, în mod similar art. 138 și în cazul art. 80

legiuitorul a enumerat limitativ nu fapte prin care s-a cauzat insolabilitatea ci acte prin care s-a micșorat averea debitorului și care odată dovedite atrag nu **răspunderea membrilor organelor de conducere** ci prezumția de fraudă în dauna creditorilor și anularea actelor respective. Deci, dauna creditorilor la care se referă art. 85 alin. (3) nu trebuie să se confunde cu dauna drepturilor creditorilor din formularea art. 79. În acest fel dispozițiile art. 85 alin. (3) constituie și o consolidare la nivel doctrinar și instituțional a procedurii insolvenței. Dacă nu ar fi prevăzută, în cazul art. 80 s-ar da frâu liber debitorului în micșorarea averii sale pentru ca valoarea bunurilor sale să nu revină creditorilor, ceea ce ar fi inacceptabil.

Prezumția în fraudă creditorilor este aplicabilă doar în raport cu debitorul și fiind relativă, acesta o poate răsturna administrând proba contrară în sensul că nu ar fi urmărit fraudă împotriva creditorilor.

În cazul terțului dobânditor sau al subdobânditorului, nefiind aplicabilă prezumția, reclamantului în acțiunea în anulare îi incumbă sarcina probei cu privire la participarea și a acestuia la fraudă. Precizăm însă, că eventuala probare a participării terțului dobânditor sau a subdobânditorului la fraudă nu are relevanță pentru soluționarea acțiunii în anulare, pentru care, așa cum am arătat anterior, altele sunt motivele prevăzute în vederea admiterii, iar alte aspecte pentru care ar putea prezenta, eventual, relevanță ar putea fi o modalitate sau alta a efectelor admiterii acțiunii în anulare, cu privire la care s-au prevăzut de legiuitor ca suficiente buna sau reaua credință, caracterul oneros sau gratuit.

Potrivit art. 85 alin. (4) prezumția de fraudă se păstrează și în cazul în care, prin **abuz de drepturi** procesuale, debitorul a întârziat momentul deschiderii procedurii pentru a expira termenele la care se referă art. 79 și art. 80. Dispozițiile se referă la situația în care actul anulabil a fost încheiat la un moment la care actul ar intra, după caz, în perioadele de timp la care se referă art. 79 sau art. 80 dacă **deschiderea procedurii** ar interveni în condiții normale dar, prin abuz de drept procesual, debitorul reușește să tergiverseze deschiderea procedurii astfel încât, data încheierii actului respectiv rămâne în afară, în urma perioadelor de timp prevăzute de art. 79 sau art. 80 și, prin urmare, deși în privința celorlalte condiții ar putea fi anulat, acțiunea nu mai poate fi admisă pentru că nu mai este îndeplinită și condiția referitoare la perioada suspectă. Or, în

raport cu dispozițiile art. 85 alin. (4), și în această ipoteză actul se va considera efectuat tot în perioada suspectă. Abuzul de drept procesual trebuie constatat în raport cu prevederile art. 723 C. proc. civ. Situația astfel reglementată nu este decât superficial descrisă în sensul formulării de către debitorul care dă semne de insolvență, a unei „cascade de acțiuni, abuzând de drepturile sale procedurale”, cum s-a exprimat o opinie în acest sens în doctrina juridică.

Soluții de speță

1. Potrivit art. 80 alin. (1) lit. b) din Legea nr. 85/2006, administratorul judiciar/lichidatorul poate introduce la tribunal acțiuni pentru anularea constituirilor sau transferurilor de drepturi patrimoniale către terți și pentru restituirea de către aceștia a bunurilor transmise și a valorii altor prestații executate, realizate de debitor prin operațiuni comerciale în care prestația debitorului depășește vădit pe cea primită și efectuată în cei trei ani anteriori deschiderii procedurii.

În acest context, sunt îndeplinite condițiile legale pentru anularea actului prin care debitorul a vândut un bun către o terță societate comercială și pentru restituirea bunului către debitor, dacă vânzarea s-a efectuat cu mai puțin de trei ani înainte de deschiderea procedurii, la un preț sub valoarea de piață a bunului, stabilit pe cale de expertiză și, în plus, debitorul nu a înțeles să și încaseze prețul respectiv.

În aceste condiții, menționarea în factura privind vânzarea a unui preț egal cu cel la care a fost dobândit bunul, nu prezintă relevanță, cu atât mai mult cu cât societățile comerciale între care s-a efectuat vânzarea au același asociat-ceea ce conferă facturii aparența unui act întocmit *pro causa*, cu intenția de fraudare a creditorilor, iar la stabilirea prețului creșterea acestuia în raport cu inflația nu este înlăturată de uzura bunului.

2. În temeiul Legii nr. 64/1995 debitorul, prin administratorul judiciar a chemat în judecată pe pârâțul dobânditor al bunului înstrăinat de debitor prin actul a cărei anulare se solicită, iar judecata acțiunii a continuat și după abrogarea Legii nr. 64/1995, sub imperiul Legii nr. 85/2006, menținându-se cadrul procesual inițial în ceea ce privește părțile în litigiu, fără a se mai preciza sub acest aspect acțiunea în raport cu

această din urmă lege pe considerentul că în raport cu regulile privind aplicarea legilor succesive în timp, cererea de chemare în judecată a fost formulată corect în ceea ce privește părțile în raport cu legea în vigoare la momentul respectiv, actul valabil efectuat trebuind să fie menținut și sub imperiul legii noi.

3. Sub imperiul Legii nr. 85/2006 administratorul judiciar a chemat în judecată debitorul și dobânditorul bunului în temeiul art. 79 și următoarele din legea menționată.

Acțiunea în anulare a fost disjunsă, constituindu-se dosar distinct de cel având ca obiect procedura propriu-zisă în care administratorul judiciar avea termen în cunoștință.

Ulterior, în acest din urmă dosar administratorul judiciar a fost înlocuit și, fără măcar să existe în vreunul dintre dosare dovada că noul administrator ar fi fost înștiințat printr-o adresă a instanței că a fost desemnat, în dosarul disjuns, în care nici nu s-a citat debitorul prin noul administrator, respectiv, administratorul judiciar în calitate de reclamant, judecătorul sindic a invocat excepția lipsei calității fostului administrator de reprezentant al debitorului, respectiv excepția lipsei **calității procesuale** a fostului administrator, respingând în baza acestora acțiunile. Soluția este greșită. Chiar dacă judecata acțiunilor în anulare nu era disjunsă noul administrator trebuia cel puțin înștiințat că a dobândit calitatea respectivă, pentru a se considera că are obligația să preia actele de procedură anterioare. În ceea ce privește situația în dosarul disjuns, debitorul trebuia citat prin noul administrator, în lipsa acestei citări nefiind îndeplinită legal procedura de citare cu reclamantul în cauză, noul administrator (necesară sub aspect legal general, nu pentru ca acesta să își însușească acțiunea formulată de administratorul judiciar anterior, pentru că sesizarea în privința acestuia rămâne perfect valabilă).

4. Instanțele au apreciat ca dovadă suficientă a intenției de fraudare a intereselor creditorilor în ceea ce privește vânzarea efectuată de debitor înaintea deschiderii procedurii, în măsură să atragă anularea:

- circumstanțele referitoare la rudenia existentă între vânzător și cumpărător, cunoașterea stării precare a debitorului și în funcție de aceasta, a inevitabilității insolvenței, de către cocontractanți.
- vânzarea bunului sub valoarea reală, și revânzarea la un preț incomparabil mai mare, la scurt timp.
- vânzarea către o societate reprezentată de aceeași persoană care a reprezentat debitorul vânzător.

Secțiunea a 2-a. Menținerea sau denunțarea contractelor debitorului

§1. Aspecte generale

Este practic imposibil ca la deschiderea procedurii debitorul să nu fie și parte în unul sau mai multe contracte a căror executare să nu fie încă în vigoare.

Unele dintre acestea sunt de natură și în măsură să asigure desfășurarea activității debitorului, cum ar fi cele încheiate cu furnizorii de materii prime necesare pentru procesul de producție, cu instituțiile de creditare pentru finanțare activității, cu beneficiarii produselor debitorului, etc. astfel că, în eventualitatea **reorganizării judiciare** acestea vor avea relevanță.

În cazul altor contracte, eventuala executare a lor după deschiderea procedurii poate da naștere unor creanțe care, potrivit regulilor specifice, vor putea fi plătite cu prioritate față de creanțele anterioare, ceea ce va putea influența viitoarea ordine de prioritate la plata creanțelor în procedura falimentului.

Nu în ultimul rând, unele contracte implică, prin natura lor, un impact social-uman, cum ar fi cele privind contractele de muncă.

Trebuie să fie în puterea, în abilitare legală a practicianului în insolvență, analiza clauzele contractelor încă în curs de executare, pentru denunțarea sau continuarea lor, în baza obligației de **maximizare a averii debitorului**.

Această atribuție a practicianului poate fi criticată, în sensul că ar implica incertitudinea relațiilor contractuale și financiare, dar cerințele speciale ale procedurii reclamă, fac necesară aplicarea dispozițiilor în acest sens.

Practicianul desemnat în procedura insolvenței poate decide cu privire la contractele debitorului aflate încă în derulare la momentul deschiderii procedurii fie în sensul terminării/finalizării, fie în sensul continuării executării contractelor care nu au fost încă îndeplinite de părți. Puterea lichidatorului de a decide în sensurile respective are (trebuie să aibă) drept consecință maximizarea valorii masei active dar în același timp implică și interferența cu relațiile contractuale, nefiind corespunzătoare pentru unele tipuri de contracte.

1.1. Finalizarea contractelor

Este important pentru continuarea în fapt a procedurii, ca practicianul în insolvență (sau instanța, în alte reglementări privind procedura insolvenței) să fie învestit cu autoritatea de a decide încetarea/finalizarea contractelor debitorului aflate în derulare. De exemplu, în cazul unui contract de furnizare încheiat de debitor mai înainte de deschiderea procedurii furnizorul avea obligația de a livra mărfuri succesiv contra unui preț stabilit. La momentul deschiderii procedurii, numai o parte dintre mărfuri a fost livrată iar debitorul urmează să facă plata. În această situație, ca o consecință a deschiderii procedurii, practicianul trebuie să fie abilitat legal în sensul de a finaliza/termina contractul respectiv. Aceasta pentru că în opoziție cu principiul executării obligatorii a contractelor, în raport cu stabilirea stării de insolvență în ceea ce privește debitorul, ar fi contradictoriu și impropriu să se continue executarea contractului, din moment ce relativ la plata prețului mărfurilor livrate sau care urmau să fie livrate, debitorul se află în **încetare de plăți**. În situația respectivă se impune în mod logic exonerarea cocontractantului debitorului de la continuarea executării obligațiilor contractuale care îi reveneau, privind livrarea și a restului mărfurilor, urmând să devină în procedură un **creditor chirografar** al debitorului cocontractant, cu o creanță egală cu valoarea prejudiciului cauzat ca

urmare a terminării contractului – în primul rând contravaloarea mărfurilor pe care le-a livrat debitorului și care încă nu au fost plătite.

Legiuitorul poate alege să limiteze puterile practicianului în insolvență sub aspectul în discuție, în cazul unor contracte speciale, cum ar fi contractele de muncă privind angajații debitorului sau contractele de concesiune (în acest din urmă caz atunci când debitorul este concesiionarul, iar concesiunea va căpăta relevanță în procedura falimentului, în contextul lichidării în care există intenția de vânzare a întreprinderii debitorului ca o afacere, ca un tot viabil).

1.2. Continuarea contractelor

În unele cazuri continuarea contractelor poate fi mult mai profitabilă pentru averea debitorului decât finalizarea, denunțarea acestora în raport cu deschiderea procedurii. De exemplu, în cazul în care debitorul este chiriaș în baza unui **contract de închiriere** în care chiria pe care o are de plătit este mult sub valoarea pieții și o mulțime de alte elemente ale contractului se leagă de acest aspect. Într-un astfel de caz practicianul în insolvență va urmări să continue închirierea, lăsând contractul de închiriere intact, în scopul de a ajunge să vândă în procedură bunurile debitorului în bloc și chiar mai mult, afacerea debitorului ca o afacere viabilă, incluzând și închirierea avantajoasă pentru acesta.

Pentru a nu lăsa cealaltă parte contractantă în nesiguranță, este îndeobște recunoscut că practicianul trebuie să specifice cât/când va continua sau termina un contract, într-o perioadă determinată după deschiderea procedurii. În cazul continuării contractului sunt necesare dispoziții legale vizând protejarea celeilalte părți din contract, în sensul că atât costurile continuării executării contractului cât și orice daună rezultând dintr-un abuz al practicianului în acest context vor fi considerate **cheltuieli administrative** (de administrare a procedurii), care se recuperează cu prioritate în raport cu alte creanțe declarate în procedură. În condițiile în care acordarea unei astfel de priorități va constitui un risc pentru alți creditori, care vor fi plătiți după creditorul prioritar, practicianul va încerca în mod normal să continue numai

acele contracte care se așteaptă să fie profitabile, ceea ce este de natură să înlăture eventualele discuții.

Atâta timp cât clauzele contractului în discuție nu se opun continuării lui, asumarea continuării contractului de către practicianul în insolvență nu comportă obiecțiuni. Problema apare atunci când practicianul alege să continue contractul chiar dacă o astfel de continuare nu se regăsește în înțelesul clauzelor contractului. Astfel, multe contracte comerciale, financiare prevăd expres în cuprinsul lor că deschiderea procedurii insolvenței va constitui automat o abandonare a contractului de către debitor, ceea ce dă cocontractantului un drept necondiționat de a termina contractul în ipoteza respectivă. Într-o primă apreciere, o asemenea clauză de terminare a contractului ar trebui să fie respectată, caz în care practicianul va putea continua contractul numai dacă cocontractantul alege să nu îl termine (de exemplu, cocontractantul poate fi convins să consimtă la continuarea contractului având în vedere că de obicei obligațiile contractuale executate după deschiderea procedurii sunt plătite cu prioritate. Aceasta ar fi o continuare pe bază de consens a unui contract).

În contradicție cu această situație, într-o altă apreciere, practicianul este împuternicit să continue contractul și peste obiecțiunile cocontractantului, în ideea că orice clauză de terminare existentă în contract este practic anulată, înlăturată ca urmare a intervenirii dispozițiilor legii insolvenței.

1.3. Încredințarea îndeplinirii contractelor

Abilitarea legală a lichidatorului sau administratorului judiciar de a continua contractul peste împotrivirea celeilalte părți oferă debitorului un instrument de o importanță particulară pentru a da efect posibilității reorganizării judiciare. În contextul falimentului această abilitare va fi de asemenea un beneficiu considerabil pentru că, urmare a deciziei de a se continua contractul, lichidatorul poate încredința îndeplinirea contractului în continuare unui terț interesat în acest sens (voluntar) în schimbul unei contravalori. Aplicând aceasta la exemplul unui **contract de concesiune** prevăzând în sarcina debitorului plăți cu titlu de rentă sub nivelul pieței, practicianul în insolvență poate urmări să mărească

valoarea concesiunii încredințând-o unei terțe părți contra unui preț (evident, mai mare decât valoarea rentei, pentru a obține profit). Oricum, multe contracte exclud prin clauze exprese ca o parte să încredințeze concesiunea fără acordul celeilalte părți, inclusiv în procedura insolvenței, mai puțin dacă concesiunea ajunge să constituie un element al vânzării unei afaceri ca o întreprindere viabilă. În alte contracte sau prin dispoziții legale se prevede că aplicarea clauzelor de excludere a încredințării îndeplinirii contractului este nulă sau neavenită, așa încât lasă lichidatorul să facă această încredințare în beneficiul masei active.

Abilitarea practicianului în insolvență să opteze pentru continuarea și încredințarea unui contract împotriva clauzelor acestuia poate aduce beneficii substanțiale masei active și, în final, beneficiarilor distribuțiilor făcute în baza lichidării bunurilor debitorului. Oricum, această abilitare subminează clar drepturile contractuale ale celeilalte părți cocontractante. Încredințarea în discuție ridică problema prejudicierii părții din contract care nu e debitor. De aceea, în împrejurarea în care o asemenea continuare și încredințare a îndeplinirii contractului este adoptată, practicianul este dator să demonstreze celeilalte părți că încredințarea poate fi îndeplinită în mod corespunzător de către terț (la fel și contractul în sine de către lichidator, în cazul în care nu se pune problema decât a continuării acestuia, nu și a încredințării îndeplinirii lui). În plus, orice pretenție provenind din îndeplinirea contractului după declanșarea procedurii insolvenței trebuie tratată ca o cheltuială administrativă, dându-i-se prioritate la distribuire. Practic, continuarea sau încredințarea contractului nu ridică probleme dacă demersurile respective nu au fost excluse în cuprinsul acestuia, dar dacă s-a prevăzut că sunt excluse, pentru a nu fi prejudiciată cealaltă parte contractantă acesteia i se conferă prioritate la plată, considerându-se plata ca o cheltuială de administrare a procedurii.

1.4. Contractele speciale

Unele contracte aflate în derulare la momentul deschiderii procedurii pot implica și aspecte delicate, cum ar fi, de exemplu, desfacerea contractelor de muncă.

Indiferent de amplitudinea abilitării referitoare la finalizarea sau continuarea contractelor care revine practicianului în insolvență, excepțiile sub acest aspect sunt necesare pentru unele contracte, cum ar fi în cazul unor contracte speciale: contracte financiare sau **contracte de muncă**. Cel mai notabil exemplu de limitare a abilitării lichidatorului în sensul discutat este în cazul gestionării contractelor de muncă în care este implicat debitorul. Protecția contractelor de muncă este relevantă în raport cu procedura reorganizării judiciare, dar poate fi, de asemenea, relevantă și în procedura falimentului. De exemplu, în ipoteza în care lichidatorul încearcă să vândă întreprinderea ca un concern funcțional, un preț mai mare poate fi obținut dacă lichidatorul este abilitat să termine contractele de muncă, în primul rând cele oneroase pentru debitor.

§2. Menținerea sau denunțarea contractelor în reglementarea Legii nr. 85/2006

În Legea nr. 85/2006 posibilitățile practicianului în insolvență desemnat în cauză de a decide în legătură cu menținerea sau denunțarea contractelor care nu au fost executate în totalitate sau substanțial de către toate părțile constituie obiectul dispozițiilor art. 86-93.

Dincolo de faptul că art. 86 alin. (1) prevede expres abilitarea sub aspectul în discuție atât pentru administratorul judiciar cât și pentru lichidator, trebuie spus și la nivel justificativ că menținerea sau denunțarea contractelor poate reveni nu numai lichidatorului (indiscutabil în condițiile în care în faliment se ridică de drept dreptul debitorului de conducere/de administrare a activității) dar și administratorului judiciar, indiferent dacă debitorului i s-a ridicat sau nu dreptul menționat. Aceasta, în primul rând în raport cu obligația de maximizare a averii debitorului astfel cum s-a făcut referire anterior în secțiunea privind acțiunile în anulare. Concluzia în același sens poate rezulta pe cale de interpretare și în raport cu prevederile art. 78 din Legea nr. 85/2006. Conferirea acestei abilitări, atribuții practicianului corespunde și unui interes general în procedură.

Totuși, în condițiile în care mecanismul de menținere sau denunțare prevăzut de art. 86 alin. (1) nu implică în primul rând o acțiune judi-

ciară și nici prevederi lămuritoare de genul celor menționate la art. 85 alin. (5), ci măsuri de natură luării unei decizii la nivelul debitoare (discuția despre măsura în care decizia ține de conducerea sau de reprezentarea în procedură a debitorului se va relua în continuare), rămâne întrebarea dacă nu cumva abilitarea administratorului judiciar de a menține sau denunța contractele nu depinde sau nu ar trebui să depindă de măsura în care s-a ridicat dreptul de conducere debitorului și acesta a revenit cel puțin în parte administratorului judiciar. În caz contrar demersurile respective în ceea ce privește contractele ar putea reveni doar debitorului și nicidecum administratorului judiciar. Referitor la acest aspect, considerăm că menținerea sau denunțarea contractelor intră în abilitarea nu numai a lichidatorului dar și a administratorului judiciar, indiferent dacă dreptul de conducere al debitorului nu a fost ridicat și, respectiv, nu a fost atribuit cel puțin în parte administratorului judiciar.

Aceasta în raport cu următoarele considerente: chiar dacă nu s-a ridicat debitorului dreptul de conducere/administrare a activității, după deschiderea procedurii, exercitarea acestui drept de către debitor nu se poate realiza la același nivel ca înainte de deschiderea procedurii (prin organul propriu de conducere – consiliul de administrație – care se menține, neintervenind sub acest aspect administratorul special în raport cu atribuțiile care îi sunt prevăzute prin art. 18, de **reprezentare** a intereselor debitorului și asociaților acestuia și de participare la procedură pe seama debitorului). Potrivit art. 49 în **perioada de observație** debitorul poate continua cel mult activitatea curentă (*per a contrario* rezultă că nu poate avea o activitate care ar depăși limitele activității curente – ar fi și de neacceptat, pentru că deschiderea procedurii marchează granița dintre derularea unei activități normale a debitorului și una supusă cerințelor procedurii insolvenței, nefiind acceptabilă continuarea primei activități și după deschiderea procedurii). Dreptul de conducere, care nu s-a ridicat, poate fi exercitat doar în limita activității curente [desigur și sub alte aspecte, cum ar fi reprezentarea în justiție sau alte aspecte astfel cum sunt prevăzute de art. 49 alin. (2), (3), etc. dar care nu se referă la tema în discuție]. Menținerea sau denunțarea contractelor nu intră în conținutul dreptului respectiv și tocmai de aceea atribuția sub acest aspect a fost stabilită expres de către legiuitor și în

sarcina administratorului judiciar (aceasta în primul rând pentru perioada de observație). În cazul **reorganizării judiciare**, pentru care legea prevede expres exercitarea conducerii debitorului prin administratorul special, obiectul activității nu poate fi decât ceea ce s-a prevăzut în **planul confirmat**, în care nu se poate include și o atribuție care e prevăzută de lege în sarcina practicianului, deci menținerea sau denunțarea contractelor nu se include în obiectul dreptului de conducere exercitat în numele debitorului, revenind tot în sarcina administratorului judiciar. Aceasta însă cu o limitare: administratorul nu va putea menține sau denunța un contract încheiat în baza planului, pentru că sub acest aspect planul e la fel ca un titlu executoriu, care trebuie respectat și de către administratorul judiciar.

Desigur, ca opțiune posibilă a legiuitorului – avută în vedere în alte reglementări privind procedura insolvenței decât aceea internă – dreptul de a denunța sau menține contractele neexecutate poate fi atribuit expres și debitorului.

În cuprinsul art. 86-93 se regăsesc atât dispoziții generale cât și dispoziții particulare referitoare la categorii concrete de contracte. Acestea din urmă au caracter nelimitativ, chiar exemplificativ. În cazul categoriilor de contracte pentru care nu se regăsesc dispoziții concrete referitor la ceea ce trebuie decis în cazul lor sub aspectul menținerii sau denunțării, se vor avea în vedere sub aspectul respectiv dispozițiile art. 86 alin. (1), (2), principiile procedurii insolvenței, coroborarea cu celelalte dispoziții din Legea nr. 85/2006 și dreptul comun, în condițiile art. 149 din legea menționată.

2.1. Dispoziții generale

Potrivit art. 86 alin. (1) din Legea nr. 85/2006, în vederea creșterii la maximum a valorii averii debitorului, administratorul judiciar sau lichidatorul pot să mențină sau să denunțe orice contract, închirierile neexpirate sau alte contracte pe termen lung, atât timp cât aceste contracte nu vor fi fost executate în totalitate ori substanțial de către toate părțile implicate

Sub aspect terminologic, în ceea ce privește „denunțarea”, aceasta trebuie înțeleasă ca o respingere a contractului și a fost preferată ca

urmare a influențării legii interne prind insolvența printr-o reglementare străină și în condițiile în care din mai multe motive, rezoluțiunea sau rezilierea astfel cum sunt reglementate în dreptul intern nu ar fi putut fi utilizate în mod corespunzător (în principiu acestea ar putea fi cerute de contractantul care și-a îndeplinit obligațiile, dar în cazul debitorului este de așteptat să nu le fi putut îndeplini, îndeplinirea fiind mai posibilă în cazul celuilalt contractant, la latitudinea căruia ar rămâne astfel denunțarea/menținerea contractelor, cu consecința puterii de influențare mai puțin egalitară a procedurii în susținerea propriilor interese).

Legiuitorul a indicat în mod expres cui îi revine atribuția în discuție dar nu și cum se aduce la îndeplinire și nu e prea clară reglementarea expresă nici în legătură cu momentul la care poate fi inițiată.

În dreptul comun este recunoscut principiul *pacta sunt servanda*, contractele sinalagmatice trebuind să fie respectate chiar dacă după încheierea lor starea uneia dintre părți s-a modificat, astfel încât executarea obligațiilor contractuale asumate de către aceasta ar însemna intrarea sa în insolvență. De asemenea, dacă o parte nu își execută obligațiile contractuale asumate, cealaltă parte poate cere rezoluțiunea, rezilierea contractului (pe cale judecătorească sau de plin drept) și despăgubiri.

Cum se raportează deschiderea procedurii la contractele bilaterale încheiate de debitor? Evident, analiza trebuie raportată la măsura în care se realizează contraprestațiile; după caz, astfel:

1. Ipoteza în care nici debitorul nici cocontractantul parte nu și-au executat obligația (prestația): Cocontractantul nu poate fi obligat să își îndeplinească obligația și în schimbul acesteia să formuleze în procedură **declarație de creanță**, ci doar primind întreaga prestație din partea debitorului. Aceasta deoarece ar fi inechitabil, o prestație trebuind să se raporteze la aceea care revine celeilalte părți iar nu doar la cota rezultând potrivit regulilor procedurii insolvenței. Desigur însă că așa ceva poate fi acceptat de către cocontractantul însuși, din diverse interese. Pe de altă parte, dacă se dorește executarea contractului în cadrul procedurii, prestația revenind debitorului va trebui îndeplinită integral.

Cocontractantul neaflat în insolvență nu are temei să ceară rezilierea pe motivul că celălalt este în insolvență și astfel nu și-ar mai putea executa prestația, pentru a nu își mai îndeplini astfel nici el prestația. În

mod obiectiv, procedura insolvenței nu exclude în principiu îndeplinirea de către debitor a obligațiilor care îi revin, ci implică doar realizarea acestora potrivit regulilor procedurii insolvenței, în cota rezultând din aplicarea acestora; de asemenea, în raport cu **principiul celerității**, procedura insolvenței exclude chiar ideea întârzierii în executarea prestațiilor și a penalităților de întârziere sau a **despăgubirilor** pentru întârziere. La deschiderea procedurii, analiza nu trebuie să încline înspre reziliere; situația în care a ajuns astfel debitorul sub aspect patrimonial și legătura cu creditorii (implicând și aspectul desesizării de bunuri, etc.) atrage ideea că în raport cu deschiderea procedurii trebuie considerat că a intervenit o **suspendare a contractelor**, că acestea intră într-o perioadă incertă iar în procedură, problema executării acestora reîntră în vigoare prin manifestarea de voință din partea părților contractante, acestea putând să facă să înceteze incertitudinea.

2. Ipoteza în care, la deschiderea procedurii, doar una dintre părțile contractante și-a executat prestația.

a) dacă și-a executat prestația cocontractantul, acesta nu poate cere rezilierea și restituirea prestației, ci, dreptul său fiind un drept de creanță, trebuie să formuleze cerere de creanță în procedură, laolaltă cu ceilalți creditori.

b) dacă debitorul a efectuat prestația anterior deschiderii procedurii, debitorul are dreptul să obțină întreaga contraprestație.

Manifestarea de voință privind denunțarea sau menținerea unui contract (aproprierea sau renunțarea la un contract) se poate face:

1. la inițiativa administratorului judiciar/lichidatorului – ceea ce rezultă expres din prima frază a art. 86 alin. (1); pentru această situație legiuitorul nu a mai considerat necesar să indice și alte dispoziții exprese, prin urmare se va proceda astfel cum rezultă din cuprinsul dispozițiilor legale aplicabile, în mod adecvat.

2. la inițiativa cocontractantului debitorului – situație cu privire la care dispozițiile art. 86 alin. (1) prevăd că „administratorul judiciar/lichidatorul trebuie să răspundă, în termen de 30 de zile, unei notificări a contractantului, prin care i se cere să opteze pentru menținerea sau denunțarea contractului; în lipsa unui astfel de răspuns, administratorul judiciar/lichidatorul nu va mai putea cere executarea contractului, acesta fiind socotit denunțat”.

Astfel, practicianul este decăzut din puterea de a decide eventual continuarea contractului, la momentul împlinirii termenului de 30 de zile, care începe să curgă la data primirii notificării de către practician.

În raport cu cele arătate mai sus, debitorul nu poate iniția denunțarea sau menținerea unui contract, nici prin organele sale nici prin administratorul special. Cel mult, debitorul poate să conteste la judecătorul sindic modul în care își îndeplinește administratorul judiciar/lichidatorul atribuțiile sub aspectul în discuție: contestarea denunțării unui contract (a nementinerii contractului) sau contestarea omisiunii denunțării (a menținerii contractului).

Denunțarea și continuarea contractelor sunt acte proprii practicianului, astfel că luarea deciziei nu depinde de acordul unui terț, cu excepția unor dispoziții contrare, de excepție – cum e cazul continuării contractelor de credit [art. 81 alin. (3) și 86 alin. (3)]. Ele sunt acte unilaterale (ca aspect specific procedurii insolvenței, spre deosebire de dreptul comun) care vizează păstrarea efectelor pentru care au fost încheiate actele pentru viitor, respectiv, manifestarea voinței în sensul încetării pentru viitor a efectelor.

Continuarea contractului are însă legătură și cu cocontractantul, dacă contractul avea clauze de încetare în caz de insolvență, în sensul de a-l asigura că e posibilă continuarea contractului și ceea ce va pierde va recupera în mod prioritar.

Pentru a decide, practicianul va efectua o evaluare a contractelor și a consecințelor continuării executării acestora asupra averii debitorului, criteriul fiind maximizarea averii debitorului. În măsura în care conduc la micșorarea averii debitorului contractele trebuie denunțate (ceea ce în practică se întâmplă de regulă) sau vor fi continuate dacă servesc realizării unui viitor plan or maximizează averea. Acest din urmă aspect trebuie apreciat ca o proiecție pecuniară efectivă în raport cu plata creanțelor: de exemplu un contract în baza căruia debitorul are de livrat un bun al său pentru un preț de piață fie și corespunzător se impune a fi denunțat dacă păstrarea bunului în patrimoniul debitorului va conduce la obținerea unui spor de preț mai mare din vânzarea preconizată a bunurilor debitorului în bloc, ca un ansamblu funcțional în cadrul procedurii decât s-ar fi obținut din vânzarea individuală.

Considerăm că este în firea lucrurilor ca decizia practicianului privind denunțarea sau continuarea contractelor să fie exprimată în mod

expres și motivată, pentru că vine să clarifice o incertitudine și deoarece este o măsură supusă eventualei contestări. În fapt nu este exclusă posibilitatea denunțării sau continuării tacite iar în cazul în care practicianul nu răspunde notificării cocontractantului în termen denunțarea poate fi apreciată ca fiind implicită, tacită.

Dacă opțiunea practicianului este pentru continuarea contractului, aceasta va privi toate clauzele și termenele acestuia, practic contractul intrând într-un curs normal al executării și sub aspect juridic. Cocontractantul nu va putea invoca în sensul excepției de neexecutare faptul că anterior deschiderii procedurii debitorul nu a efectuat plăți datorate la termen (acestea pot constitui doar obiectul unei declarații de creanțe), dar poate invoca orice neexecutare intervenită după manifestarea opțiunii de menținere a contractului.

Se pot avea în vedere pentru denunțare/continuare, contractele care nu au fost executate substanțial sau în totalitate de către toate părțile contractante. *Per a contrario* nu vor fi avute în vedere contractele care au fost substanțial sau integral executate, cele care au fost desființate sau au încetat anterior deschiderii procedurii. În rest legiuitorul nu a mai făcut alte distincții în ceea ce privește contractele.

În acest context trebuie aduse anumite lămuriri raportului acțiunii în anulare/denunțare și continuare. În ipoteza în care, la momentul deschiderii procedurii un contract a fost executat în întregime sau substanțial, practicianul va trebui să urmărească formularea unei acțiuni în anulare în baza art. 79, art. 80, dacă sunt îndeplinite condițiile prevăzute în acest scop (frauda împotriva creditorilor), pentru că în această situație, de fapt, scopul este de a se obține revenirea la situația anterioară, referitor la transferul patrimonial deja intervenit (art. 80) sau/și la prejudiciul deja produs (art. 79).

Dacă același contract, la momentul deschiderii procedurii nu este executat sau nu este executat substanțial, transferul patrimonial sau prejudiciul nu s-au produs încă, deci scopul demersurilor este să nu se mai execute în viitor, recurgându-se la denunțare, sau să continue, dacă este necesar (chiar dacă contractul ar îndeplini condițiile pentru acțiune în anulare, aceasta nu se justifică – sau se justifică cel mult parțial, iar pentru ceea ce nu s-a executat se va viza denunțarea/continuarea). La momentul la care se poate aplica denunțarea/continuarea, acestea se aplică indiferent dacă inițial erau îndeplinite și condițiile de acțiune în

anulare, pentru că dacă se denunță, contractul nu se va mai executa (sau se poate aplica parțial) iar dacă se continuă, contractul se modifică implicit, în sensul că devine benefic pentru averea debitorului și interesul creditorilor, deci nu se mai pune problema fraudării acestora.

Practic, dispozițiile art. 79, art. 80 au în vedere acte în general, în timp ce art. 86 și următoarele au în vedere doar contracte. În funcție de momentul deschiderii procedurii, în funcție de situația concretă existentă, practicianul în insolvență va putea proceda, fie în sensul formulării acțiunii în anulare, fie al denunțării/continuării contractului, după caz.

Legiuitorul nu a prevăzut în mod expres un termen în care să se efectueze denunțarea sau menținerea contractelor. În raport cu dispozițiile art. 5 atribuția în sensul respectiv trebuie îndeplinită de către practicianul în insolvență cu celeritate, pentru a nu influența în mod negativ derularea în continuare a procedurii. Practic, nu există nicio dispoziție expresă care să prevadă în principiu sau expres că denunțarea sau continuarea contractelor trebuie să intervină ca urmare a deschiderii procedurii, dar concluzia în acest sens este logică, în raport cu scopul procedurii insolvenței și modalitățile procedurale prevăzute legal pentru realizarea acestuia. Se poate deduce chiar, că este obligatoriu pentru practicianul în insolvență să procedeze, imediat după examinarea situației debitorului, la analiza contractelor în curs de executare ale acestuia și la luarea deciziei de menținere sau denunțare, în virtutea **principiului maximizarea averii debitorului**, care este obligatoriu încă de la deschiderea procedurii. Inițierea analizei sub aspectul menționat poate reveni practicianului în insolvență sau cocontractantului debitorului, ambii având un interes legal în acest sens. În lipsa oricărui demers, situația trebuie apreciată drept omisiunea îndeplinirii de către practician a unei atribuții obligatorii și necesare procedurii. Aceasta, în condițiile în care de lămurirea situației juridice a contractelor depinde derularea actelor următoare din procedură, în primul rând stabilirea legală a masei activului și pasivului. În plus, amplitudinea continuării activității curente în perioada de observație depinde de măsura în care se decide denunțarea sau continuarea contractelor. În principiu, în situația nepronunțării practicianului asupra contractelor debitorului, s-ar putea aprecia că acestea continuă, deși în realitate ele sunt suspendate

în ceea ce privește executarea, din cauza situației în care se află debitorul (care, în principiu, nu ar putea plăti un preț sau livra un produs din moment ce este în stare de insolvență iar bunurile sale se supun regulilor procedurii insolvenței); rezultă din cele arătate, că nu numai practicianul în insolvență dar și cocontractantul are interesul de a lămuri relația contractuală cu debitorul, pentru că altfel este în pierdere (ceea ce avea debitorul să îi plătească poate obține doar potrivit regulilor procedurii). Pe de altă parte, majoritatea contractelor au prevăzute clauze în sensul că dacă unul dintre cocontractanți intră în insolvență, contractul încetează. Într-un asemenea caz contractul poate fi denunțat, fără însă să fie exclusă problema continuării lui pentru maximizarea averii, pentru susținerea unui viitor plan, etc.

Nu era obligatoriu ca legiuitorul să stabilească un termen pentru luarea deciziei în sensul denunțării sau continuării contractelor, pentru că în cazul în care acesta ar fi fost depășit, fiind considerat drept termen de decădere sau de prescripție, situația juridică a contractelor debitorului ar fi rămas cu adevărat incertă. Legiuitorul a prevăzut însă momentul în raport cu care intervine problema denunțării/continuării contractelor, fiind clar că aceasta trebuie rezolvată cu celeritate în contextul stabilirii masei active și pasive în cadrul procedurii, după deschiderea procedurii. În fapt, denunțarea/continuarea contractelor nu poate interveni efectiv chiar de la momentul deschiderii procedurii, dat fiind timpul necesar practicianului în insolvență pentru a examina situația în care se află debitorul.

Menționarea, în textul unei dispoziții legale a sintagmei „poate” implică, de cele mai multe ori aspectul facultativ. Termenul respectiv apare și în redactarea dispozițiilor art. 86 alin. (1), dar considerăm că utilizarea lui în acest caz nu s-a făcut în sensul de a arăta că atribuția privind denunțarea sau continuarea contractelor ar avea caracter facultativ pentru administratorul judiciar/lichidator, ci dimpotrivă, în sensul că îndeplinirea scopului maximizării averii debitorului se poate urmări de către practician fie prin denunțarea fie prin continuarea contractelor. În același sens, în dispozițiile art. 20 alin. (1) lit. j) din Legea nr. 85/2006 atribuția în discuție nu este nicidecum prevăzută cu caracter facultativ. Din moment ce maximizarea averii debitorului constituie un principiu al procedurii insolvenței, respectarea lui are

caracter obligatoriu pentru practician; acesta se bucură doar de dreptul de opțiune cu privire la modalitatea prin care trebuie să realizeze scopul respectiv, fie prin denunțare fie prin continuarea contractelor; opțiunea este însă subordonată scopului, principiul menționat devenind criteriul principal în funcție de care practicianul poate opta într-un sens sau altul.

2.2. Acțiunea în despăgubiri

Potrivit art. 86 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, în cazul denunțării unui contract, o **acțiune pentru despăgubiri** poate fi introdusă de către contractant împotriva debitorului.

Competența de judecată a unei astfel de acțiuni revine tribunalului, prin judecătorul sindic, în raport cu prevederile art. 6 din Legea nr. 85/2006. Acțiunea pentru despăgubiri este reglementată ca o acțiune specială în materia insolvenței, ca un act de procedură propriu procedurii în materie astfel că în mod obiectiv judecata ei trebuie să se deruleze în cadrul acestei proceduri, cu atât mai mult cu cât este generată de un act al practicianului în insolvență; în mod evident, ca urmare a caracterului ei distinct, judecata acestei acțiuni nu va putea fi suspendată în baza art 36 din Legea nr. 85/2006.

Legiuitorul nu a prevăzut un termen pentru formularea acțiunii. Prin urmare trebuie avută în vedere să fie formulată cu celeritate, în raport cu dispozițiile art. 5, astfel încât să nu se influențeze negativ actele de procedură care vor urma.

Fiind născută în timpul derulării procedurii, creanței reprezentând sumele acordate cu titlu de despăgubiri în urma admiterii acțiunii nu îi sunt aplicabile termenele de decădere prevăzute de lege în ceea ce privește înscrierea și recunoașterea creanțelor anterioare deschiderii procedurii și, prin urmare, va putea fi trecută în planul propus sau în **tabelul obligațiilor** debitorului fără a i se invoca tardivitatea.

Referitor la aceleași sume, acordate cu titlu de despăgubiri în urma admiterii acțiunii, s-a susținut într-o opinie că ar constitui, pentru reclamant, împotriva debitorului în procedură, o creanță cu caracter chirografar.

Într-o altă opinie, referitor la caracterul despăgubirilor acordate în urma admiterii acțiunii, s-a susținut că acestea constituie o plată curentă pentru că rezultă dintr-o activitate contractuală comercială curentă a debitorului, potrivit art. 3 pct. 14, care a fost derulată în baza contractului denunțat mai apoi de practician. Referitor la acest aspect sunt necesare unele distincții. Scopul procedurii este acoperirea pasivului debitorului, deci plata creanțelor creditorilor acestuia. Referitor la creanțe, acestea sunt în primul rând cele anterioare deschiderii procedurii, dar creanțe împotriva debitorului pot să apară legal și după deschiderea procedurii, în cadrul acesteia, iar legiuitorul a avut în vedere și această situație în cadrul reglementării. Astfel, continuarea activității comerciale curente în sensul art. 3 pct. 14, art. 49, după deschiderea procedurii, conduce la apariția de creanțe împotriva debitorului, de exemplu din executarea contractelor cu privire la care practicianul a decis să continue. În timpul derulării procedurii mai pot apărea creanțe și din alte raporturi juridice, cum ar fi din administrarea în sine a procedurii, de exemplu cheltuielile de conservare a bunurilor debitorului, onorariul practicianului, etc., sau din executarea planului de reorganizare, care însă nu reușește și se pune problema trecerii la faliment, înlăturându-se planul ca titlu (deci o ipoteză distinctă de aceea a nașterii creanțelor în baza unui contract), etc. În doctrină și practică sunt discuții contradictorii referitor la aprecierea obligațiilor debitorului născute după deschiderea procedurii: unii le consideră pe toate creanțe, în timp ce alții fac diferența între **cheltuielile de administrare a procedurii** și creanțele propriu-zise. În general, opiniile mai avansate și mai pragmatice extind conținutul categoriei cheltuielilor de administrare, iar cele mai puțin avansate au tendința de a rămâne la nivelul unui înțeles restrâns al acestora. Situația în acest sens se datorează și modului deficitar în care a înțeles legiuitorul să reglementeze acest aspect. Este de reținut că nu denumirea ar fi importantă în primul rând, ci faptul că în funcție de natura juridică reținută, într-un sens sau altul, este apreciat diferit regimul juridic aplicabil, nu sub aspectul plății lor, deoarece toate obligațiile debitorului sunt avute în vedere, în principiu, pentru plată, în cadrul procedurii, ci sub aspectul **ordinii de preferință** la plată. Astfel, cheltuielile de administrare a procedurii (care, practic, sunt tot creanțe) trebuie plătite cu prioritate față de celelalte creanțe supuse realizării

prin procedură (în general este recunoscut și firesc faptul că în orice **executare silită** cheltuielile de executare se plătesc primele, anterior creanțelor astfel executate). În a doua opinie menționată suma acordată drept daune nu se consideră nicio cheltuială de procedură, nici creanță (în sensul specific procedurii), ci o plată curentă. Aceasta conduce la ideea că în opinia respectivă se consideră că plata se face de către debitor, prin organele proprii sau sub conducerea practicianului în insolvență, către reclamantul din acțiune, la fel ca o plată efectuată în cursul obișnuit al activității comerciale normale a debitorului derulată anterior intervenirii stării de insolvență/deschiderii procedurii. Or, după cum s-a mai arătat anterior, trebuie considerat că activitatea curentă în înțelesul art. 3 pct. 14, art. 49 constituie tot un **act de procedură**, astfel că în cursul procedurii orice plată, deci și aceea curentă, se face nu numai în scopul dar și exclusiv potrivit regulilor acesteia (adică plățile se vor indica în raportul de activitate al practicianului, în **planul de distribuire**, conform ordinii legale de distribuire, putându-se contesta, etc.). În acest context, categorisirea plății drept „curentă” ține mai mult de modalitatea de plată și, în orice caz, este subsecventă aspectului specific procedurii referitor la aprecierea în primul rând a obligațiilor de plată născute pentru debitor în timpul procedurii drept cheltuieli de administrare a procedurii sau drept creanțe propriu-zise. Aprecierea legiuitorului român referitor la acest aspect nu rezultă în mod clar în privința tuturor etapelor importante din procedură. În cadrul reglementării procedurii falimentului, dispozițiile art. 123 pct. 3 ar putea conduce la concluzia că obligațiile de plată ale debitorului născute din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii, în care se include și activitatea curentă, constituie creanțe, în timp ce cheltuielile de administrare au fost avute în vedere în mod distinct și în sens restrâns în dispozițiile art. 123 pct. 1 din Legea nr. 85/2006, rezultând pentru fiecare dintre acestea o ordine de preferință distinctă. Aceasta, deși în cazul în care se decide continuarea executării unui contract este mai real și mai corect să se considere că plățile pe care le presupune executarea respectivă, efectuate de debitor către terțul cocontractant (de exemplu plata prețului mărfurilor livrate de acesta din urmă debitorului, în baza contractului), constituie cheltuieli de administrare a procedurii, deoarece prin executarea contractului se urmărește maximizarea averii

debitorului, executarea respectivă trebuind considerată chiar un act al procedurii. În același sens, pot fi avute în vedere creditele acordate debitorului pentru desfășurarea activității în timpul procedurii (fără de care aceasta nu s-ar putea derula) și care sunt și mai relevante pentru înțelegerea ca act de procedură a instituției continuării executării contractelor și, pe cale de consecință, pentru considerarea creanțelor care rezultă din acestea drept cheltuieli de administrare a procedurii; în alte reglementări legale în materia insolvenței, mai avansate, aprecierea în sensul menționat se regăsește în mod clar, fără echivocul generat de către legiuitorul român sub acest aspect.

La o analiză mai atentă a dispozițiilor art. 123 pct. 1 rezultă, de altfel, că acestea nu au în vedere în general cheltuielile de administrare a procedurii, ci doar pe acelea privind conservarea și administrarea bunurilor, precum și plata unor remunerații. Faptul că creanțele rezultând din continuarea activității debitorului după deschiderea procedurii sunt menționate separat, în art. 123 pct. 3, nu înseamnă că fundamentul lor juridic nu ar fi tot acela de costuri ale unor acte de procedură; adică de cheltuieli de administrare a procedurii, ci doar faptul că legiuitorul a înțeles ca astfel de creanțe să fie plătite într-o altă ordine de preferință decât cele din art. 123 pct. 1, chiar dacă au aceeași natură. În ansamblu, dispozițiile art. 123 au ca obiect de reglementare doar ordinea de preferință a plății unor creanțe, numai în faliment (frecvent supusă schimbării de către legiuitor) iar nu determinarea naturii juridice a naturii creanțelor respective. Sumele acordate cu titlu de despăgubiri nu pot constitui o plată curentă în sensul menționat, deoarece acțiunea în despăgubiri este prevăzută pentru ipoteza denunțării unui contract, care nu include ci exclude continuarea activității după deschiderea procedurii. Or, în cazul denunțării contractelor, pentru creanțele născute în raport cu acestea anterior deschiderii procedurii trebuie formulată **declarație de creanță** în mod obișnuit, iar după deschiderea procedurii până la denunțare situația contractelor sub aspectul executării este considerată incertă, reținându-se intervenirea unei suspendări a acestora. Așa cum s-a mai arătat, în condițiile în care denunțarea a privit, de exemplu, un contract de închiriere, prin admiterea acțiunii despăgubirilor au putut fi acordate pentru perioada de după deschiderea procedurii, reprezentând chiria calculată de la deschidere până la denunțare,

pentru că eventuala chirie datorată până la deschiderea procedurii nu poate fi cerută decât pe calea declarației de creanță [a se vedea și art. 86 alin. (7) în acest sens]. Fiind vorba de despăgubiri, sumele acordate cu acest titlu nu îndeplinesc nici condițiile pentru a fi considerate costul efectuării unui act de procedură (putând fi apreciate cel mult drept consecințe ale denunțării), deci nu le va fi aplicabil regimul cheltuielilor de administrare a procedurii, trebuind să fie considerate creanțe chirografare.

2.2.1. Natura juridică a acțiunii în despăgubiri

În practica judiciară s-a susținut că acțiunea în despăgubiri ar avea o natură contractuală. Credem că natura juridică nu poate fi redusă la aspectul contractual, deoarece s-ar putea invoca excepția de neexecutare a contractului situație în care singurul mod de soluționare ar fi admiterea acțiunii. Desigur că trebuie să se țină cont de contractul denunțat, pentru că se poate cere drept despăgubiri ceea ce nu s-a executat de debitor și eventuale alte prejudicii rezultate din neexecutarea ca urmare a denunțării. Nu se poate trece însă cu vederea că daunele intervin ca urmare a denunțării justificată prin maximizarea averii debitorului, că debitorul este în insolvență, situație în care în mod normal chiar cocontractantul este interesat de încetarea relației cu debitorul. Prin urmare, natura juridică trebuie să aibă în vedere și aspectele specifice procedurii insolvenței, fiind vorba de o acțiune proprie acestei proceduri. În raport cu cele arătate anterior, șansele de admitere ale unei astfel de acțiuni sunt reduse. Aceasta și faptul că acțiunea în despăgubiri este supusă **taxei de timbru** potrivit dispozițiilor Legii nr. 146/1997, nefiindu-i aplicabile prevederile art. 77 din Legea nr. 85/2006, au făcut ca astfel de acțiuni să fie promovate foarte rar și admise și mai rar.

§3. Dispoziții speciale

În raport cu dispozițiile generale din art. 86 alin. (1) și (2), dispozițiile particulare prevăzute de art. 86 alin. (3) – art. 93 din Legea nr. 85/2006 au caracter special, deci sunt derogatorii și de aplicare prioritară, sunt aplicabile pentru contracte anume și influențează conținutul general al

abilitării practicianului în insolvență de a denunța sau continua contractele, fie că prescriu acestuia un anumit aspect al demersului procedural, fie că recunosc dreptul cocontractantului debitorului de a opta într-un sens sau altul [de regulă în sensul unei denunțări unilaterale și în baza legii contractului – intervenirea acestei denunțări înlătură abilitarea practicianului astfel cum este prevăzută de art. 86 alin. (1) din lege].

*

Potrivit art. 86 alin. (3) din Legea nr. 85/2006 pe parcursul **perioadei de observație**, administratorul judiciar va putea menține contractele de credit sau va putea să le modifice clauzele, astfel încât acestea să asigure echivalența viitoarelor prestații. Modificările vor fi supuse aprobării comitetului creditorilor, care va verifica dacă ele sunt atât în folosul averii debitorului, cât și în cel al averii creditorilor.

Referitor la art. 86 alin. (3) sunt de reținut cele arătate în concret la analiza art. 81 alin. (3) și a dispozițiilor art. 86 alin. (1), nemaifiind necesară reiterarea lor și în acest context – pentru a nu da curs repetărilor determinate de dispoziții mai mult decât similare.

S-a susținut în doctrină că în cazul în care **comitetul creditorilor** nu este de acord cu modificările, o astfel de opoziție ar avea ca efect menținerea contractului de credit în conținutul existent. O asemenea opinie trebuie lămurită. Doar modificările trebuie supuse aprobării comitetului. Refuzul comitetului nu atrage automat continuarea contractului cu clauzele existente, practicianul trebuind oricum să decidă unilateral cu privire la menținere, dacă voința lui este în acest sens.

Pentru ceea ce i se datorează în baza contractului din perioada anterioară deschiderii procedurii, creditorul va trebui să formuleze declarație de creanță în cauză, iar ceea ce i se cuvine din continuarea executării contractului îi va fi plătit în condițiile art. 123 alin (1) pct. 3 din Legea nr. 85/2006.

Potrivit art. 86 alin. (4) dacă vânzătorul unui bun imobil a reținut titlul de proprietate până la plata integrală a prețului vânzării, vânzarea va fi considerată executată de către vânzător și nu va fi supusă prevederilor art. 86 alin. (1).

În formularea textului, în ceea ce privește „reținerea titlului de proprietate”, legiuitorul a avut în vedere nu înscrisul constatator al vânzării (*instrumentum probationis*), pentru că în sine reținerea acestuia nu

produce niciun efect juridic din moment ce potrivit art. 1295 C. civ. de regulă vânzarea este perfectată prin efectul acordului părților asupra bunului, respectiv, prețului, ci titlul în sensul de „*negotium*” sub aspectul amânării transferului dreptului de proprietate de la vânzător la cumpărător până la momentul plății integrale a prețului. Practic, în situația în discuție, contractul de vânzare-cumpărare trebuie să prevadă o clauza sub aspectul păstrării de către vânzător a titlului de proprietate până la plata integrală a prețului. Prin urmare, într-o astfel de ipoteză, la deschiderea procedurii contractul este considerat executat doar de vânzător, în ceea ce privește transmiterea dreptului de proprietate și predarea bunului, nu însă și în ceea ce privește obligația de plată a prețului de către cumpărător; oricum, indiferent de aprecierea cu privire la măsura în care contractul se consideră executat, acestuia nu îi mai sunt aplicabile prevederile art. 86 alin. (1), practicianul în insolvență neputând să procedeze la denunțarea sau continuarea respectivului contract.

Precizăm că este vorba de un contract de vânzare cumpărare în sine iar nu, de exemplu, de un antecontract (promisiune) de vânzare-cumpărare. De asemenea, este de reținut că în ipoteza reglementată în textul de lege debitorul poate avea, după caz, atât calitatea de vânzător cât și de cumpărător.

*

Astfel, în baza art. 86 alin. (4), prin aplicarea implicită a unor reguli de drept comun și pe calea implicării în relația contractuală a părților, se înlătură efectul clauzei privind păstrarea titlului de proprietate până la plata integrală a prețului, considerându-se *ope legis* că s-a transmis dreptul de proprietate chiar dacă nu s-a plătit integral prețul. Această construcție juridică nu constituie o forțare a principiilor din materia vânzării – cum s-a susținut în doctrina juridică – ci o aplicare a lor în mod corespunzător necesității de a se clarifica situația unui astfel de act în care este implicat debitorul, în contextul deschiderii procedurii față de acesta din urmă. Dacă debitorul a fost vânzătorul, practicianul va urmări recuperarea creanței proprii a debitorului constând în prețul ce trebuie achitat integral [în baza art. 20 alin. (1) lit. I) din legea insolvenței] iar dacă debitorul a fost cumpărătorul, prețul va trebui plătit terțului vânzător din averea debitorului, vânzătorul trebuind să se

înscrie în **tabelul obligațiilor** debitoarei cu creanța corespunzătoare. (Desigur, există și posibilitatea formulării unei acțiuni în anulare în temeiul art. 79 sau art. 80, în condițiile legii).

Cu privire la măsura în care creanța terțului vânzător poate fi o creanță chirografară sau garantată (aspect cu privire la care legea specială nu cuprinde dispoziții exprese, dar nici nu înlătură compatibilitatea dispozițiilor de drept comun referitoare la garanții și, în consecință, posibilitatea recurgerii la acestea) în doctrina juridică s-a exprimat opinia în sensul că o astfel de creanță trebuie apreciată ca fiind garantată. Opinia este argumentată în sensul că în raport cu prevederile art. 1737 C. civ. privind privilegiul vânzătorului asupra bunului vândut pentru plata prețului și ale art. 1722 C. civ., creanța trebuie încadrată potrivit dispozițiilor art. 121 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 la categoria generică privind „drepturi de retenție de orice fel”, în condițiile în care **privilegiile imobiliare** nu se regăsesc expres în formularea textului de lege.

Personal subscriem la finalitatea opiniei în discuție, în sensul că creditorului-vânzător trebuie să i se recunoască o creanță garantată, dar nu putem fi de acord în mod integral cu argumentarea acesteia. Într-adevăr, terțul vânzător a fost diligent și a inclus în contract clauza de rezervă a proprietății până la achitarea prețului integral, situație în care nu suportă niciun risc din moment ce nu a transmis dreptul de proprietate și nu a predat bunul. Însă, ca efect al dispozițiilor art. 86 alin. (4) contractul este considerat executat de vânzător, înlăturându-se astfel efectele clauzei de rezervă situație în care devin pe deplin aplicabile prevederile art. 1737 C. civ., în sensul privilegiului vânzătorului asupra imobilului vândut pentru plata prețului. Cum privilegiul constituie o garanție reală, creanța vânzătorului împotriva debitorului este o creanță garantată, la distribuirea prețului obținut din vânzarea bunului în procedura insolvenței creditorul vânzător având prioritatea prevăzută de art. 121 alin. (1) pct. 2 din Legea nr. 85/2006. Nu se poate accepta aceeași concluzie însă în baza argumentului că s-ar încadra astfel în categoria „drepturilor de retenție de orice fel” pentru că pur și simplu **dreptul de retenție** nu este aplicabil în ipoteza în discuție.

De fapt, alt aspect constituie problema reală în acest caz și anume faptul că privilegiile (imobiliare) nu se regăsesc expres în formularea

art. 121 (sau art. 37) din Legea nr. 85/2006. Aceasta nu poate însemna că legiuitorul nu a avut în vedere în categoria creanțelor garantate și creanțele privilegiate. Astfel, privilegiile sunt reglementate în Codul civil alături de ipotecă, ca garanții reale. Este drept că multe dintre privilegiile enumerate în Codul civil sunt desuete sau cel puțin legea insolvenței conține referitor la multe dintre acestea reglementări în sens contrar; dar, într-o asemenea situație se poate reține în raport cu art. 149 din Legea nr. 85/2006 că dispozițiile din Codul civil nu sunt compatibile cu dispozițiile legii speciale, acestea din urmă aplicându-se cu prioritate. În cazul altora, însă, cum este și privilegiul în discuție (art. 1737 C. civ.), firescul aplicării lor nu are contraargument sau cel puțin nu unul valabil. Dispozițiile art. 121 alin. (1) parag. 1 nu îl prevăd expres, dar oricum formularea textului de lege este evident incertă pentru că „de orice fel” nu se poate referi la drepturi de retenție din moment ce acestea nu sunt de mai multe feluri. Enumerarea garanțiilor nu poate fi considerată nici limitativă în formularea textului ci doar exemplificativă, în acest sens trebuind avute în vedere următoarele:

- chiar formularea dispozițiilor din pct. 2 al art. 121 alin. (1) se referă în general la creditori garanțați, fără distincții limitative;

- prevederile art. 3 pct. 13 au în vedere, prin opoziție, pentru **creditorii chirografari** și lipsa unor „privilegii însoțite de drepturi de retenție”, ceea ce este în măsură să atragă interpretarea *per a contrario* în ceea ce privește creditorii garanțați.

- definiția creanțelor garantate din art. 3 pct. 9 are în vedere tot în general existența unei garanții reale;

- în raport cu dispozițiile menționate eventuala intenție a legiuitorului de a exclude privilegiile dintre garanțiile reale în cadrul procedurii insolvenței ar fi trebuit să fie expresă, în raport cu faptul că dispozițiile speciale se aplică prioritar față de dreptul comun de la care derogă. Dar, derogarea trebuie să fie expresă, clară; or, din corelarea dispozițiilor menționate anterior, intenția legiuitorului nu e certă în sensul excluderii. Nici nu ar trebui să fie, pentru că, de exemplu, privilegiul prevăzut de art. 1737 C. civ. este prioritar chiar în raport cu ipoteca potrivit art. 1722 C. civ. Nefiind argumente reale în sensul neaplicării dispozițiilor acestor din urmă două articole din Codul civil pe motiv de **incompatibilitate** (art. 149), credem că dispozițiile art. 3 pct. 9, art. 39,

art. 121 din Legea nr. 85/2006 trebuie interpretate în sensul că sunt **creditori garantați** și cei privilegiați în măsura în care dispozițiile care instituie un privilegiu sunt compatibile cu dispozițiile care reglementează procedura insolvenței, fiind firesc să se poată recupera prețul de către vânzător mai înaintea celorlalți creditori în procedură. Aceasta implică o interpretare și aplicare mai complexă a legii, ceea ce servește, însă, asigurării legalității procedurii.

*

Dispozițiile art. 86 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 prevăd că „un contract de muncă sau de închiriere, în calitate de locatar, va putea fi denunțat numai cu respectarea termenelor legale de preaviz”.

Redactarea textului de lege este, evident, deficitară, nerezultând din formulare și cine este avut în vedere în calitate de locatar. Aceasta constituie o simplă omisiune, putându-se deduce că, în calitate de locatar este avut în vedere debitorul.

*

Potrivit art. 86 alin. (6) prin derogare de la prevederile Legii nr. 53/2003 – Codul muncii, cu modificările și completările ulterioare, în **procedura simplificată**, precum și în cazul intrării în faliment în **procedura generală**, desfacerea contractelor individuale de muncă ale personalului debitoarei se va face de urgență de către lichidator, fără a fi necesară parcurgerea procedurii de concediere colectivă. Lichidatorul va acorda personalului concediat doar preavizul de 15 zile lucrătoare.

După deschiderea procedurii locatorul cocontractant nu poate cere rezilierea contractului de închiriere pentru motivul că anterior deschiderii procedurii debitorul locatar nu și-a îndeplinit corespunzător obligația de plată a chiriei, putând doar să formuleze declarație de creanță. Potrivit art. 86 alin. (1) sunt supuse denunțării sau continuării și închirierile neexpire. Dacă rezilierea a fost dispusă, evident înainte de deschidere, printr-o sentință, aceasta este totuși pe deplin aplicabilă.

Dispozițiile art. art. 86 alin. (5) se regăseau în aceeași formulare și în Legea nr. 64/1995. Potrivit acestora denunțarea unui contract de muncă sau de închiriere – în care debitorul este locatar, se poate face numai cu respectarea obligatorie a termenelor de preaviz. În cazul unui contract de muncă denunțarea înseamnă concedierea angajaților, nu pentru motive care țin de persoana acestora ci drept urmare a intrării societății

la care sunt angajați în procedura insolvenței, într-un asemenea caz în mod firesc nemaifiind necesari angajați decât în măsura în care o reclamă administrarea procedurii sau continuarea activității curente – dar pentru acestea se pot face angajări și după concedierea totală. Legea nr. 64/1995 cuprindea doar dispozițiile corespunzătoare art. 86 alin. (5) și, pentru motivul că nu prevedeau expres alte derogări de la dreptul comun pentru concedierile în caz de insolvență, au generat o practică neunitară, inclusiv în cazul trecerii la procedura falimentului, fie în sensul aplicării fie al neaplicării și a celorlalte reguli din **dreptul comun**. Pentru a lămuri lucrurile, în Legea nr. 85/2006 s-au introdus dispozițiile art. 86 alin. (6) potrivit cărora desfacerea contractelor individuale de muncă se face în cazul falimentului de urgență de către lichidator, nefiind incidentă procedura de concediere colectivă, ci doar preavizul de 15 zile lucrătoare, prin derogare de la dispozițiile Codului muncii. În cazul deschiderii procedurii generale, nefiind alte dispoziții exprese, denunțarea/continuarea contractelor se va face în raport cu prevederile art. 86 alin. (1).

*

Potrivit dispozițiilor art. 86 alin. (7) din Legea nr. 85/2006, într-un contract prevăzând plăți periodice din partea debitorului, menținerea contractului nu îl va obliga pe administratorul judiciar/lichidator să facă plăți restante pentru perioadele anterioare deschiderii procedurii. Pentru aceste plăți pot fi formulate cereri împotriva debitorului.

Ipoteza avută în vedere este aceea a unui contract care prevede plăți periodice în sarcina debitorului, încheiat anterior deschiderii procedurii iar la momentul acesteia nu este executat sau nu este executat substanțial. În cazul în care administratorul judiciar/lichidatorul decide continuarea executării contractului, plățile prevăzute cu scadență ulterioară deschiderii procedurii vor fi plătite cu titlu de creanțe corespunzător art. 123 pct. 3. Dacă se optează pentru denunțare, evident plățile cu scadență ulterioară deschiderii procedurii nu mai sunt datorate, creditorul din contract putând recurge la **acțiunea în despăgubiri**. În ambele cazuri, nu numai al denunțării dar și al continuării, potrivit art. 86 alin. (7) administratorul judiciar/lichidatorul (pentru debitor, desigur, pentru că practicianul nu are o obligație proprie de plată) nu are obligația efectuării plăților scadente anterior deschiderii procedurii

și rămase neefectuate în contextul denunțării/continuării contractului (continuării activității curente), deci cu titlu de creanțe născute în procedură, ci pentru plățile respective creditorul va putea formula declarație de creanță în procedură, creanța fiind – în mod obișnuit – cu titlu chirografar.

*

Potrivit art. 87 dacă un bun mobil, vândut debitorului și neplătit de acesta, era în tranzit la data deschiderii procedurii și bunul nu se află încă la dispoziția debitorului și nici alte părți nu au dobândit drepturi asupra lui, atunci vânzătorul își poate lua înapoi bunul. În acest caz, toate cheltuielile vor fi suportate de către vânzător, care va trebui să restituie debitorului orice avans din preț. Dacă vânzătorul admite ca bunul să fie livrat, el va putea recupera prețul prin înscrierea creanței sale în tabelul de creanțe. Dacă administratorul judiciar/lichidatorul cere ca bunul să fie livrat, el va trebui să ia măsurile necesare pentru a se plăti din averea debitorului întregul preț datorat în baza contractului.

Dispozițiile art. 87 reglementează soarta contractului de vânzare-cumpărare de bunuri mobile, încheiat de debitor în calitate de cumpărător și neexecutat sau neexecutat substanțial la data deschiderii procedurii, în ipoteza în care bunurile mobile nu se mai află la vânzător ci în tranzit către cumpărător, fără să fi ajuns la acesta (de exemplu, au fost predate de vânzător transportatorului) și încă neplătite de debitor [celorlalte ipoteze posibile le vor fi aplicabile dispozițiile generale prevăzute de art. 86 alin. (1)]. Practic, ipoteza astfel reglementată este aceea în care vânzarea nu s-a perfectat, bunul nefiind predat iar prețul nefiind plătit. În această situație dacă bunurile nu se află încă la dispoziția debitorului și nicio altă eventuală parte din contract nu a dobândit drepturi asupra lor, vânzătorul poate opta în primul rând să și le ia înapoi, caz în care va suporta toate cheltuielile deja efectuate în ceea ce privește tranzitul și va trebui să restituie și eventualul avans ce i-a fost plătit de debitorul – cumpărător (avans care constituie o creanță proprie a debitorului pe care practicianul în insolvență are atribuția și obligația de a o recupera). O asemenea opțiune apare ca fiind justificată de teama vânzătorului că debitorul nu îi va plăti prețul din lipsă de disponibilități și nu sunt șanse de recuperare a valorii bunului, nici în procedura deschisă împotriva cumpărătorului. Vânzătorul poate opta totuși și pentru ca bunul să fie

totuși livrat efectiv debitorului, caz în care va putea formula **declarație de creanță** în procedura derulată împotriva debitorului pentru recuperarea prețului stabilit în contract (o asemenea opțiune nu este întotdeauna riscantă, ea fiind justificată atunci când vânzătorul insistă să vândă și a obținut siguranța că va acoperi valoarea bunului vândut din averea debitorului în cadrul procedurii deschise împotriva acestuia).

Dacă vânzătorul nu își exercită dreptul de opțiune și administratorul judiciar/lichidatorul cere ca bunul să fie livrat, acesta va trebui să dea asigurări vânzătorului și să ia măsuri pentru a i se plăti din averea debitorului întregul preț datorat; este indiscutabil, însă, că pentru plata respectivă vânzătorul trebuie să formuleze declarație de creanță în procedură. În condițiile procedurii, nu se pot face plăți din averea debitorului, chiar și pentru obligații născute din continuarea activității, decât pentru creanțe înscrise în tabelul de creanțe/plan, vânzătorul trebuind să aibă un regim privilegiat. Aparent dispozițiile art. 49 din Legea nr. 85/2006 dau impresia că o astfel de plată ar putea fi considerată o plată în cadrul activității curente, care poate fi efectuată direct de către debitor; or, dispozițiile art. 49 prevăd de fapt un mod de aprobare al continuării activității curente și nicidecum modul de efectuare al plății în discuție, iar art. 123 se referă expres la creanțele născute din continuarea activității.

În doctrină sintagma „bunul nu se află la dispoziția debitorului” a fost interpretată atât în sensul neafării în posesia debitorului cât și sub aspectul inexistenței dreptului de dispoziție al debitorului cu privire la bun. Considerăm că interpretarea sub acest din urmă aspect este aceea corectă, nu numai în raport cu formularea expresă sau cu sensul de ansamblu al textului de lege, dar și pentru că, *per a contrario*, dacă bunul s-ar afla la dispoziția debitorului ar însemna că în raport cu acest atribut esențial al dreptului de proprietate vânzarea ar fi fost executată în mod substanțial.

În raport cu interpretarea corectă credem că este greșită și o altă opinie din doctrină, în sensul că sintagma „și nici alte părți nu au dobândit drepturi asupra lui” ar avea în vedere ipoteza în care debitorul, având dispoziția asupra bunului nu și posesia, l-a înstrăinat valabil iar aceste „alte părți” sunt terții cumpărători. După cum am mai arătat, ipoteza reglementată în text este aceea în care vânzarea nu s-a

perfectat nici cel puțin cu privire la atributul dispoziției din dreptul de proprietate, iar textul se referă la celelalte părți din contractul de vânzare.

În doctrină s-a susținut și opinia în sensul posibilității practicianului în insolvență de a paraliza dreptul de opțiune al vânzătorului plătind integral prețul bunului. Or, ipoteza reglementată de art. 87 este în mod evident aceea în care prețul nu e plătit, iar pentru alte ipoteze se revine la dispozițiile art. 86 alin. (1). Dispozițiile art. 87, pentru ipoteza pe care o reglementează, sunt de aplicare prioritară și obligatorie nu numai pentru vânzător dar și pentru practician. Dacă dreptul de opțiune al vânzătorului este exercitat și implică și denunțarea unilaterală a contractului atunci dreptul legal de opțiune al practicianului este înlăturat corespunzător.

*

Potrivit art. 88 din Legea nr. 85/2006, dacă debitorul este parte într-un contract cuprins într-un acord master de *netting*, prevăzând transferul anumitor mărfuri, titluri reprezentative ale mărfurilor sau active financiare cotate pe o piață reglementată de mărfuri, servicii și instrumente financiare derivate, la o anumită dată sau într-o perioadă determinată de timp, și scadența intervine sau perioada expiră după data deschiderii procedurii, se va efectua o operațiune de *compensare* bilaterală a tuturor contractelor cuprinse în acordul master de *netting* respectiv, iar diferența rezultată va trebui să fie plătită averii debitorului, dacă aceasta este creditoare, și va fi înscrisă în tabelul de creanțe, dacă este o obligație a averii debitorului.

Facilitarea tranzacțiilor se poate realiza și prin simplificarea operațiunilor de plată sau echivalare a valorilor la care se referă contractele, între care există o anumită legătură, pe calea unor acorduri de *compensare* bilaterală asupra acestora – acord *master de netting*. Debitorul poate fi parte într-un contract sau mai multe prevăzând transferul anumitor mărfuri, titluri reprezentative ale mărfurilor sau active financiare cotate pe o piață reglementată de mărfuri, servicii sau instrumente financiare derivate la o anumită dată sau într-o perioadă determinată, vizate printr-un astfel de acord, încheiat tot anterior deschiderii procedurii. În această situație, la deschiderea procedurii, potrivit art. 88 se va da efect acordului de *compensare* bilaterală referitor la toate

contractele, dacă scadența obligațiilor sau perioada expiră după acest moment, în sensul efectuării unei compensări (*netting*) reciprocă în urma căreia sumele debitelor se sting până la concurența celei mai mici dintre ele (diferența rămasă), care va fi și plătită efectiv. Dacă diferența se cuvine debitorului aceasta va fi plătită acestuia, iar în cazul în care diferența rămasă trebuie plătită de debitor, creditorul respectiv se va înscrie cu creanța corespunzătoare în tabelul de creanțe.

*

Dispozițiile art. 89 din Legea nr. 85/2006, prevăd că dacă un comisionar, care deține titluri pentru bunuri ce urmează a fi primite ori pentru marfă, devine subiectul unei cereri introductive, comitentul va fi îndreptățit să își ia înapoi titlurile sau să ceară ca valoarea lor să fie plătită de comisionar.

Prin **contractul de comision**, comisionarul se obligă, în baza împuternicirii comitentului, să încheie acte de comerț *proprio nomine*, dar pe seama comitentului, în schimbul unui comision; de exemplu, în contractul de comision pentru import sau, respectiv pentru export – în care comitentul își exportă către terți beneficiari externi mărfurile, bunurile proprii sau, respectiv, importă mărfuri sau bunuri de la furnizori externi, prin intermediul comisionarului – comisionarul încheie în nume propriu contractele cu partenerii externi dar efectele acestora nu se produc în patrimoniul său ci al comitentului.

Credem că textul nu ar avea de ce să vizeze cazul contractelor de comision încheiate de comitent în scopul dobândirii de bunuri sau mărfuri de la un terț, prin intermediul comisionarului, cum s-ar putea interpreta în raport cu formula „bunuri ce urmează să fie primite” existentă în text, deoarece într-o astfel de interpretare ar putea fi vorba doar de „titluri” obținute de comisionar în raportul derulat cu terțul furnizor, ceea ce ar însemna că acestuia din urmă i-a fost plătit și prețul iar titlurile privind bunurile (în sens de *negotium*) sunt încă la comisionar. Or, din analiza întregului text rezultă că e vorba de „titluri” ale comitentului (din moment ce se pune expres problema ca acesta să și le ia înapoi, ca și marfa) privind bunurile sau marfa, care sunt tot ale acestuia; în plus dacă terțul ar fi predat comisionarului „titlurile” înseamnă că fusese plătit și prețul în numele comitentului, iar dreptul asupra bunurilor/mărfurilor transmise de terțul furnizor se naște direct în

patrimoniul comitentului iar nu în al comisionarului, ceea ce înseamnă că contractul este executat deja sau cel puțin substanțial executat, deci nu intră sub incidența dispozițiilor art. 86 alin. (1) privind denunțarea sau continuarea contractelor, trebuind doar să se intre și în fapt de către comitent în posesia bunurilor/mărfurilor și/sau a „titlurilor”, fără ca situația să comporte și aspecte juridice de rezolvat. (De altfel, în acest caz creditorii comisionarului nu l-ar putea urmări pe acesta, ci pe comitent).

În ceea ce privește cazul contractelor de comision prin care comitentul transmite mărfuri sau bunuri prin intermediul comisionarului, în situația în care contractul s-a executat sau s-a executat substanțial, bunurile/mărfurile fiind predate terțului beneficiar și doar prețul încasat de comisionar de la terțul dobânditor al bunurilor sau mărfurilor nu este încă virat comitentului, nu sunt aplicabile prevederile art. 86 alin. (1), comitentul având doar de recuperat în fapt prețul ce încă nu i-a fost virat fără a fi necesară o declarație de creanță, pentru că dreptul asupra prețului s-a născut direct în patrimoniul comitentului – iar nu în al comisionarului, deci suma respectivă este deja bunul comitentului.

Dispozițiile art. 89 vizează în special o anumită situație, în care executarea contractului de comision la data deschiderii procedurii împotriva comisionarului este doar incipientă în sensul că s-au predat „titlurile” de către comitent comisionarului dar acesta fie nu a inițiat demersurile cu un beneficiar vizat al bunurilor/mărfurilor pe care le transmite comitentul fie a inițiat asemenea demersuri, iar abandonarea lor i-ar crea probleme (ar trebui să plătească despăgubiri, etc.).

Pentru acest caz art. 89 prevede opțiunea comitentului fie de a-și lua înapoi titlurile respective, denunțând unilateral contractul de comision, caz în care în situația în care comisionarul nu inițiasse demersuri cu un terț beneficiar nici comisionarul nu are de ce să se opună, fie de a cere comisionarului să îi plătească acesta valoarea bunurilor, lăsându-i acestuia și titlurile, caz în care, în situația în care comisionarul avea inițiate demersuri avansate cu terțul beneficiar și abandonarea lor ar implica despăgubiri sau continuarea livrării ar fi profitabilă, nici comisionarul nu ar avea de ce să se opună. În acest din urmă caz, legiuitorul acceptă transformarea *ope legis* a contractului de comision, prin denunțarea unilaterală din partea comitentului, într-un contract de vânzare-cumpărare între comitent (vânzător) și comisionar (cumpărător).

Practic, dreptul de opțiune al comitentului cenzurează în mod corespunzător abilitarea de a denunța/continua contractele conferită în general practicianului, în procedura insolvenței deschisă împotriva comisionarului.

Pe de altă parte formularea textului are în vedere situația în care comisionarul „devine subiectul unei cereri introductive” ceea ce la prima vedere ar însemna că dispozițiile respective se aplică nu numai odată cu deschiderea procedurii ci încă de la formularea cererii introductive. Or, momentul care poate avea relevanță în sensul aplicării dispozițiilor Legii nr. 85/2006 este **deschiderea procedurii**, până la care comitentul nu este îndrituit în niciun fel să poată manifesta vreo opțiune, fiind vorba de un act specific procedurii.

În ipoteza în care comisionarul optează pentru a-și lua înapoi titlurile sau marfa, s-a exprimat opinia în doctrină că acest demers ar echivala cu o acțiune în revendicare mobilă specială, dat fiind că proprietarul este comitentul iar acesta revocă împuternicirea acordată comisionarului. S-a exprimat însă și opinia contrară în sensul că nu poate fi vorba decât de exercitarea unui drept la restituire în baza legii speciale (art. 89), deoarece comisionarul nu este un posesor neproprietar ci un detentor precar, care în contextul în care constituie obiectul procedurii insolvenței nici nu se poate opune restituirii. Considerăm opinia în sensul acțiunii în revendicare mobilă prea pretențioasă și neadecvată scopului urmărit de legiuitor și subscriem opiniei contrare, adăugând în acest sens că pentru realizarea dreptului respectiv, în cazul în care nu este respectat de practicianul în insolvență desemnat în procedura deschisă împotriva comisionarului, comitentul poate sesiza judecătorul sindic în baza art. 89, cu o cerere pentru simpla predare a titlurilor sau mărfurilor.

În cazul în care comitentul a optat pentru a îi fi plătite de către comisionar titlurile sau mărfurile, în doctrină s-a exprimat ideea noității obiective atipice pentru transformarea contractului de comision în contract de vânzare-cumpărare. Dar, pentru o astfel de apreciere lipsește caracterul convențional în ceea ce privește atât comitentul cât și comisionarul, exercitarea opțiunii în acest sens aparținând doar comitentului, care în consecință va avea o creanță împotriva comisionarului debitor. Desigur, în fapt, pentru o astfel de opțiune comitentul, în core-

lație cu comisionarul trebui să obțină asigurări în sensul că titlurile sau mărfurile pe care le lasă practic comisionarului debitor, vor fi valorificate corespunzător de acesta din urmă în cadrul procedurii al cărei obiect este, astfel încât comitentului să îi fie plătită creanța.

Considerăm că creanța comitentului nu este chirografară ci garantată, sub beneficiul privilegiului vânzătorului asupra prețului bunului (sau, dacă nu se acceptă, creanța trebuie considerată din categoria prevăzută de art. 123 pct. 3, care în legea română înlocuiește aprecierea drept cheltuieli de administrarea procedurii).

*

Potrivit art. 90 din Legea nr. 85/2006, dacă un debitor deține marfă în calitate de consignatar sau orice alt bun care aparține altuia la data înregistrării cererii introductive, a expirării termenului pentru contestarea cererii creditorilor de către debitor ori a respingerii **contestației** debitorului împotriva acestei cereri, proprietarul va avea dreptul să își recupereze bunul, în afară de cazul în care debitorul are un drept de garanție valabil asupra bunului.

Dacă la una dintre datele menționate anterior marfa nu se află în posesia debitorului și el nu o poate recupera de la deținătorul actual, proprietarul va fi îndreptățit să aibă creanța înscrisă în tabelul de creanțe, cu valoarea pe care marfa o avea la acea dată. Dacă debitorul se află în posesia mărfii la acea dată, dar a pierdut ulterior posesia, proprietarul poate cere ca întreaga valoare a mărfii să fie înscrisă în tabelul de creanțe.

Prin **contractul de consignație** – consignantul încredințează consignatarului anumite bunuri mobile pentru a fi vândute de acesta în nume propriu dar pe seama consignantului, la un preț stabilit anticipat cu obligația consignatarului de a remite consignantului prețul primit sau de a-i restitui bunurile care nu au fost vândute.

În primul paragraf al textului de lege, în formularea din Legea nr. 64/1995 mai existau în plus o virgulă și o mențiunea referitoare la posibilitatea recuperării. Acestea au fost înlăturate în mod justificat în formularea Legii nr. 85/2006. Virgula putea induce interpretarea greșită în sensul că recuperarea se poate face doar la cele trei momente enumerate, când de fapt ideea este a deținerii la acele momente.

Cealaltă mențiune a fost înlăturată pentru aceleași rațiuni pentru care a fost înlăturată mențiunea similară din formularea art. 91.

Anterior deschiderii procedurii, începând cu data înregistrării cererii introductive (pentru că un moment și mai anterior nu interesează în fapt procedura), la data expirării termenului pentru contestarea cererii creditorilor de către debitor sau la data respingerii contestației debitorului împotriva cererii creditorilor, se poate adevăra că în deținerea debitorului se află mărfuri sau alte bunuri aflate în proprietatea altei persoane (comerciant sau nu), în baza unui contract de consignație (este greșită interpretarea că art. 90 s-ar referi și la ipoteza deținerii de mărfuri sau bunuri și în baza altor genuri de contracte – de exemplu, contract de comodat, de depozit, de transport, etc. – considerându-se că textul nu limitează cauza care justifică deținerea; or, dispozițiile art. 90 reglementează exclusiv ipoteza contractului de consignație).

Procedura insolvenței poate privi, pentru acoperirea pasivului, doar bunurile debitorului iar nu pe cele ale altei persoane. În mod firesc, în măsura în care inițierea și derularea procedurii găsește la debitor bunurile altei persoane, aceasta este îndrituită să le recupereze, în materialitatea lor sau cel puțin valoarea lor, cu excepția cazului în care debitorul este beneficiarul unei garanții având drept obiect acele bunuri. Textul art. 90 alin. (1) nu precizează expres dar în cazul în care bunurile altuia se află efectiv în deținerea debitorului, fără a se pune problema pierderii posesiei, începând cu cererea introductivă, continuând cu deschiderea procedurii dar și în continuare în cadrul derulării procedurii, terțul proprietar poate să își recupereze bunul. Predarea bunului în materialitatea lui, către terțul proprietar se poate face nu numai benevol dar și ca urmare a unei acțiuni în acest scop, acțiune care nu poate fi considerată o acțiune împotriva averii debitorului pentru a fi supusă suspendării în baza art. 36 din lege, ci este justificată chiar în baza dispozițiilor art. 90 – judecata constituind obiectul procedurii insolvenței (precizăm că aceasta nu trebuie confundată cu acțiunile la care se referă art. 36, care vizează realizarea unei creanțe împotriva bunurilor debitorului iar nu recuperarea bunului. O acțiune în revendicare întemeiată pe dreptul comun, care nu intră în categoria celor prevăzute de art. 36 nu poate fi formulată în contextul art. 90, pentru că acesta reglementează doar ipoteza contractului de consignație, ci la

instanța competentă conform dreptului comun – oricum acest aspect nu are legătură cu obiectul discuției).

În cazul în care intervine pierderea posesiei mărfii de către debitor, terțul proprietar este îndreptățit să formuleze **declarație de creanță** pentru a recupera valoarea acesteia; potrivit art. 90 alin. (2), în acest caz legiuitorul are în vedere două ipoteze:

1. Dacă la una dintre datele menționate în art. 90 alin. (1) debitorul nu se află în posesia mărfii și nici nu o poate recupera de la deținătorul actual, proprietarul va fi înregistrat în tabelul de creanțe cu valoarea pe care marfa o avea la acea dată.

2. Dacă debitorul se afla în posesia mărfii la una din datele respective dar a pierdut ulterior posesia, proprietarul poate cere să se înscrie în tabelul de creanțe întreaga valoare a mărfii.

Prin obiectul lor dispozițiile art. 90 implică mai mult denunțarea contractului de consignație dar nu exclud expres nici posibilitatea continuării acestuia.

*

Potrivit art. 91 din Legea nr. 85/2006, faptul că un proprietar al unui imobil închiriat este debitor în prezenta procedură nu va desființa contractul de închiriere, în afară de cazul în care chiria nu este inferioară chiriei practică pe piață. Cu toate acestea, administratorul judiciar/lichidatorul poate să refuze să asigure prestarea oricăror servicii datorate de proprietar chiriașului pe timpul închirierii. În acest caz chiriașul poate evacua clădirea și poate să ceară înregistrarea creanței sale în tabel sau poate deține în continuare imobilul, scăzând din chiria pe care o plătește costul serviciilor datorate de proprietar. Dacă chiriașul alege să continue să dețină imobilul, nu va fi îndreptățit la înscrierea creanței în tabel ci va avea numai dreptul de a scădea din chiria pe care o plătește, costul serviciilor datorate de proprietar.

*

În formularea din Legea nr. 64/1995 se prevedea în plus, referitor la faptul că desființarea contractului nu se poate face și mențiunea „...”, în afară de cazul în care va fi fost stipulat astfel” – ceea ce nu era corespunzător regulilor privind dreptul practicianului de a decide prin imixtionare în relațiile contractuale, chiar împotriva poziției cocontractantului, doar în funcție de criteriul maximizării averii.

În cazul în care debitorul aflat în procedura insolvenței este proprietarul imobilului închiriat, în raport cu dispozițiile art. 86 alin. (1) practicianul în insolvență va putea denunța (acesta fiind sensul termenului utilizat de către legiuitor) contractul de închiriere numai dacă chiria stabilită prin clauzele acestuia este inferioară chiriei practicate pe piață, calculată în jurul valorii medii – criteriul cuantumului chiriei avut în vedere urmărind asigurarea maximizării averii debitorului și neprejudicierea intereselor creditorilor. În cazul în care chiria este egală sau mai mare decât aceea practică pe piață, va trebui să se decidă de către practicianul în insolvență continuarea executării contractului de închiriere, însă în această situație practicianul în insolvență poate pe lângă să consimtă, și să refuze asigurarea de către debitorul proprietar a oricăror servicii datorate de acesta din urmă chiriașului pe durata închirierii (de exemplu, utilitățile-electricitate, apă curentă, etc. – a căror asigurare revine proprietarului), pentru că și contravaloarea acestora în raport cu beneficiul chiriei poate împieta asupra averii debitorului. Dacă opțiunea este în sensul asigurării prestării serviciilor (sau debitorul nu are astfel de obligații pentru că, de exemplu, în contract s-a prevăzut că asigurarea lor revine chiar chiriașului), chiriașul va trebuie să achite integral chiria datorată; dacă însă opțiunea este în sensul neasigurării serviciilor, chiriașul poate, la rândul său să opteze pentru a evacua imobilul, renunțând astfel la continuarea contractului, având dreptul să își înscrie creanța pe care o reclamă împotriva debitorului locator în tabelul de creanțe (de exemplu, sumele pe care le-a achitat personal pentru a-și asigura utilitățile pe care a refuzat să i le asigure debitorul), sau pentru a rămâne în continuare în imobil în calitate de chiriaș, în executarea contractului de închiriere, dar în această situație va putea scade din chiria pe care o va plăti debitorului costul serviciilor pe care i le datorează proprietarul și nu va fi îndreptățit să își înscrie creanța pe care o reclamă față de debitor în tabelul de creanțe (din moment ce continuă executarea contractului de închiriere).

*

Dispozițiile art. 92 din Legea nr. 85/2006, prevăd că administratorul judiciar/lichidatorul pot să denunțe un contract prin care debitorul s-a obligat să efectueze anumite servicii specializate sau cu caracter strict personal, în afară de cazul în care creditorul acceptă efectuarea pres-

tației de către o persoană desemnată de administratorul judiciar/lichidator.

Dispozițiile legale menționate reglementează posibilitatea denunțării sau continuării contractelor încheiate anterior deschiderii procedurii și aflate în curs de executare la data respectivă, în considerarea strictă a calităților persoanei debitorului (inclusiv a unor angajați ai acestuia) – *intuitu personae* sau caracterului specializat al serviciilor prestate de acesta și vizate prin contract. În condițiile intrării debitorului în procedura insolvenței, contractul încheiat în raport cu considerentele arătate nu mai poate fi executat ca atare astfel că, în mod firesc acesta trebuie să fie supus denunțării de către practicianul în insolvență. Cu toate acestea, executarea contractului poate continua dacă creditorul acceptă efectuarea contraprestației care revenea debitorului de către o altă persoană desemnată de către practicianul în insolvență. Continuarea în aceste condiții a contractului implică deci acordul atât din partea practicianului cât și al cocontractantului. În doctrina juridică s-a exprimat opinia în sensul că în cazul continuării în condițiile arătate a contractului, cocontractantul impune această continuare dacă dorește, practicianul fiind obligat să procedeze exclusiv în sensul respectiv. Or, aceasta ar presupune că practicianul este obligat să găsească pentru efectuarea prestației o altă persoană, ceea ce nu rezultă din formularea textului de lege, ci rezultă opțiunea practicianului de a denunța sau de a propune continuarea cu o persoană desemnată, această din urmă opțiune devenind aplicabilă doar cu acordul cocontractantului.

*

Dispozițiile art. 93 prevăd că dacă un asociat dintr-o societate agricolă, societate în nume colectiv, societate în comandită ori cu răspundere limitată sau acționarul unei societăți pe acțiuni este debitor într-o procedură prevăzută de prezenta lege și dacă implicarea debitorului într-o astfel de procedură nu atrage **dizolvarea** acelei societăți, administratorul/lichidatorul poate cere **lichidarea** drepturilor debitorului în acea societate, potrivit ultimei situații financiare aprobate, sau poate propune ca debitorul să fie păstrat ca asociat, dacă ceilalți asociați sunt de acord. Prevederile menționate se aplică, în mod corespunzător și în cazul membrilor societăților cooperative și ai grupurilor de interes economic.

În cazul în care comerciantul – persoană juridică sau persoană fizică – este asociat întruna dintre societățile enumerate și împotriva lui se deschide procedura insolvenței:

- deschiderea procedurii împotriva comerciantului nu are ca efect și deschiderea procedurii împotriva societății distincte la care este asociat (și nici invers).

- deschiderea procedurii împotriva debitorului care are calitatea de asociat într-o altă societate comercială este însă în măsură să atragă – în unele cazuri – dizolvarea societății unde este asociat, în baza legii (de exemplu, art. 229 din Legea nr. 31/1990) sau a prevederilor actelor constitutive ale societății respective. În acest caz societatea care îl are ca asociat pe debitorul aflat în procedura insolvenței intră în lichidare potrivit Legii nr. 31/1990, iar ceea ce revine asociatului debitor în urma lichidării, va servi la plata creditorilor în procedura insolvenței în care se află.

- în cazul în care se deschide procedura insolvenței împotriva comerciantului care este asociat într-o altă societate, dar această din urmă calitate nu este în măsură să atragă dizolvarea acestei din urmă societăți – deoarece nu sunt îndeplinite cauzele legale sau statutare de mai sus – în baza art. 93 practicianul în insolvență are opțiunea între a cere lichidarea drepturilor debitorului în această din urmă societate sau să propună ca debitorul să fie păstrat ca asociat, dacă ceilalți asociați sunt de acord. Față de prima opțiune ceilalți asociați nu se pot opune, dar pentru a doua opțiune este necesar acordul lor, la darea căruia pot fi rezerve în condițiile în care intrarea în insolvență a unui asociat impie-tează asupra imaginii și rezultatelor societății comerciale.

Secțiunea a 3-a. Dispoziții legale privind timbrarea acțiunilor introduse în baza dispozițiilor Legii nr. 85/2006

Potrivit art. 77 toate acțiunile introduse de administratorul judiciar sau de lichidator în aplicarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006, inclusiv pentru recuperarea creanțelor, sunt scutite de taxa de timbru.

Dispoziții similare au existat și în Legea nr. 64/1995, însă cu o formulare diferită: „Acțiunile introduse de administrator în aplicarea dispozițiilor prezentei secțiuni sunt scutite de taxele de timbru. Toate acțiunile și cererile introduse de lichidatorul judiciar sunt scutite de plata taxei de timbru.”

Spre deosebire de aceste din urmă dispoziții, prin Legea nr. 85/2006 scutirea la plata taxelor de timbru și implicit, a timbrului judiciar, a fost extinsă în general, pentru toate acțiunile, introduse atât de administratorul judiciar cât și de lichidator, în tot timpul derulării procedurii insolvenței de ansamblu. Nu este vorba deci doar de acțiunile aferente secțiunii din lege privind situația unor acte juridice ale debitorului, ci de oricare acțiune introdusă în exercitarea atribuțiilor care revin în derularea procedurii insolvenței practicianului în insolvență desemnat în cadrul acesteia, în baza oricărei dispoziții din Legea nr. 85/2006, indiferent de natura, obiectul acesteia, părțile împotriva cărora este introdusă, etc. (acțiuni în recuperarea propriilor creanțe ale debitorului, acțiuni în anularea **transferurilor** efectuate de debitor în dauna creditorilor, acțiuni întemeiate pe disp. art. 138 din lege, etc). De asemenea, este vorba atât de acțiunile pentru care competența de judecată revine tribunalului prin judecătorul sindic cât și de acelea pentru care competența de judecată revine oricărei alte instanțe de drept comun, singura cerință legală fiind aceea ca acțiunea să fie promovată în aplicarea dispozițiilor Legii nr. 85/2006.

Din moment ce pentru astfel de acțiuni intervine scutirea de timbrare la judecata în primă instanță, se va avea în vedere aceeași scutire și în căile de atac.

Rațiunea scutirii de timbrare a unor astfel de acțiuni nu a avut în vedere facilitarea atingerii scopului procedurii, astfel cum este prevăzut în art. 2 din lege, adică recuperarea de către creditorii a creanțelor lor. Nici alte forme de **executare silită** nu justifică scutirea, relevant pentru această soluție legislativă fiind specificul de esență al procedurii insolvenței, care se deschide tocmai pentru lipsa obiectivă a disponibilităților bănești ale debitorului, situație în care ar fi impropriu să se pretindă îndeplinirea de către acesta a unei obligații de timbrare, cu atât mai mult cu cât în promovarea acțiunilor practicianul în insolvență nu urmărește un interes personal ci acela al derulării procedurii.

Scutirea de timbrare intervine însă numai pentru ipoteza în care acțiunile sunt promovate de practicianul în insolvență. În cazul în care aceleași acțiuni sunt promovate de către comitetul creditorilor intervine și obligația de timbrare, potrivit dreptului comun, în sarcina acestuia. Aceasta chiar și în cazul în care toți membrii comitetului creditorilor beneficiază de o scutire legală generală privind timbrarea. Într-o asemenea situație trebuie să se aibă în vedere nu numai caracterul special al dispozițiilor Legii nr. 85/2006 dar și faptul că în calitate de membrii, aceștia nu exercită drepturi proprii ci doar drepturi prevăzute de lege pentru comitetul creditorilor, iar acțiunile în anulare nu profită doar (membrilor) comitetului creditorilor, ci inclusiv celorlalți creditori, eventual chiar și debitorului sau asociaților acestuia.

De exemplu, s-a susținut că acțiunea în anulare trebuie timbrată doar dacă comitetul este compus din creditori cărora li se aplică obligația de timbrare și nu trebuie să fie timbrată în cazul în care comitetul este constituit din instituții publice, pentru că acestea sunt scutite la plata taxei judiciare de timbru și a timbrului judiciar potrivit dispozițiilor art. 17 din Legea nr. 146/1997 și art. 1 alin. (2) din O.G. nr. 32/1995. Or, dispozițiile art. 17 menționat au în vedere scutirea la plată în cazul acțiunilor care au ca obiect venituri publice, în timp ce în cazul acțiunii în anulare în discuție, admiterea acesteia conduce mai întâi la reintrarea bunurilor sau a contravalorii acestora în averea debitorului și doar ulterior, prin reorganizare sau faliment, aceste bunuri vor servi scopului procedurii insolvenței, acela de recuperare a creanțelor declarate de creditori (ca venituri publice, în ipoteza avută în vedere).

Criteriul compunerii comitetului nu este deci aplicabil, pentru că prin acesta în loc să se ia în considerare comitetul ca atare, astfel cum este avut în vedere sub aspectul legitimității procesuale active, se au în vedere aspecte ce privesc creditorii în mod individual, deși tocmai înălțurarea acestora din calitatea de reclamanți a fost urmărită de legiuitor. În plus, poate fi vorba în fapt de o pondere a creditorilor reprezentând instituții publice, mai mare sau mai mica în comitet, iar astfel de situații nu ar permite o interpretare unitară.

S-a mai susținut că acțiunea nu ar trebui timbrată dat fiind și lipsa personalității juridice în ceea ce privește comitetul creditorilor, care se substituie atribuției practicianului în insolvență de a introduce acțiunea, iar acesta din urmă este scutit la plata taxei judiciare de timbru. Or,

indiferent de lipsa personalității juridice, comitetul creditorilor este avut în vedere ca atare în procedură și nu se substituie atribuției practicianului ci dobândește în mod subsidiar calitatea procesuală de a formula acțiunea în anulare.

În ceea ce privește cuantumul taxei judiciare de timbru, pentru acțiunea în anulare formulată de comitetul creditorilor sunt aplicabile dispozițiile art. 6 lit. c) din Legea nr. 146/1997, care prevăd o taxa judiciară de timbru de 39 lei în general pentru orice acțiune formulată în temeiul Legii nr. 85/2006, fără distincție, iar acțiunea în anulare este specifică acestei proceduri.

În mod similar, același situație trebuie reținută și în cazul în care comitetul creditorilor formulează acțiunea în temeiul art. 138.

Capitolul al V-lea

Recursul în procedura insolvenței

Secțiunea 1. Aspecte generale

În dreptul procesual comun, **recursul** este reglementat ca o cale de atac extraordinară (putându-se exercita, de regulă, numai pentru motivele arătate de lege), de reformare (fiind de competența unei instanțe ierarhic superioare celei care a pronunțat hotărârea atacată), nedevolutivă și, în principiu, nesuspensivă de executare, prin care se urmărește modificarea sau **casarea** unei hotărâri date fără drept de apel, în apel sau de către un organ cu activitate jurisdicțională. Controlul judiciar exercitat pe această cale reprezintă una dintre modalitățile prin care instanțele judecătorești superioare în cadrul sistemului judiciar verifică, în condițiile legii, temeinicia și legalitatea hotărârilor pronunțate de instanțele judecătorești inferioare lor, menținându-le dacă sunt temeinice și legale or, dimpotrivă, modificându-le sau casându-le pe acelea greșite.

Sediul materiei se regăsește în cuprinsul art. 299-316 C. proc. civ., iar pentru reglementarea amănunțită a judecății în recurs se face trimitere la normele de judecată ale apelului, care la rândul lor fac trimitere la dispozițiile privind judecata înaintea primei instanțe.

În Legea nr. 85/2006 se prevede în mod expres (art. 149) că dispozițiile acestei legi se completează, printre altele și cu cele ale Codului de procedură, în măsura compatibilității lor.

Legea menționată [art. 12 alin. (1)] prevede că hotărârile **judecătorului sindic**, care sunt pronunțate de acesta în primă instanță, sunt definitive și executorii și pot fi atacate separat cu recurs; prin urmare, hotărârile judecătorului sindic nu sunt supuse apelului.

Secțiunea a 2-a. Obiectul recursului

Obiectul recursului în procedura insolvenței este constituit de hotărârile judecătorului sindic, calea de atac în discuție promovându-se împotriva acestora.

În condițiile în care sunt hotărâri judecătorești - în primă instanță - atât încheierea cât și sentința, iar în cuprinsul dispozițiilor art. 12 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 nu se mai face nicio altă distincție sub acest aspect, rezultă că în procedura insolvenței recursul poate fi declarat împotriva oricărei hotărâri a judecătorului sindic, fie ea încheiere sau sentință - în înțelesul dat de art. 255 C. proc. civ. În raport cu cele arătate ar mai putea rezulta că recursul poate fi declarat chiar și împotriva unei încheieri premergătoare, prin care nu se dispune altceva, de exemplu, decât continuarea, amânarea procedurii la un termen ulterior. Referitor la acest aspect trebuie avut în vedere, însă, că potrivit dreptului procesual comun [art. 268, 282 alin. (2), 299 alin. (1) C. proc. civ.], împotriva încheierilor premergătoare nu se poate face recurs decât odată cu fondul, în afară de cazul în care prin ele s-a întrerupt cursul judecății. Prin urmare și în procedura insolvenței astfel de încheieri premergătoare ar trebui să poată fi atacate, în principiu, cu recurs doar odată cu hotărârea în raport cu care au acest caracter, în caz contrar recursul formulat trebuind să fie respins ca inadmisibil. În cadrul structurării complexe a procedurii insolvenței, care sub aspect jurisdicțional apare ca o înșiruire de judecăți succesive, astfel de încheieri premergătoare pot fi delimitate în funcție de hotărârile prin care se finalizează fiecare dintre aceste judecăți. Pot fi încheieri premergătoare, de exemplu și cele prin care se încuviințează sau se constată administrarea probelor în ceea ce privește judecata unei cereri sau prin care creditorul este obligat, la cererea debitorului, în temeiul art. 33 alin. (3) la plata unei **cauțiuni** - aceasta constituind un element aferent judecății cererii introductive.

De asemenea, în cazul în care printr-o încheiere premergătoare s-a respins, de exemplu, o excepție invocată în contextul judecății unei cereri, aferentă acelei cereri, s-a susținut - într-o opinie - că încheierea respectivă nu poate fi atacată cu recurs decât odată cu hotărârea prin care se soluționează cererea, excepția fiind un element aferent judecății acesteia din urmă. Pe de altă parte, în opinia contrară exprimată s-a

apreciat că încheierea respectivă trebuie atacată separat cu recurs iar nu doar odată cu fondul, deoarece formularea din textul de lege în sensul că „poate fi atacată separat cu recurs” trebuie să fie interpretată nu sub aspectul facultativității ci al derogării de la dispozițiile dreptului comun privind atacarea încheierilor premergătoare doar odată cu fondul (mai puțin în cazul încheierii de amânare a pronunțării, care face oricum parte din hotărârea pe fond). Astfel, orice hotărâre – inclusiv încheiere, poate și trebuie să fie atacată separat cu recurs, iar nu odată cu fondul pentru că la acel moment există riscul de a se fi împlinit termenul de recurs cu privire la încheierea respectivă. În raport cu susținerile menționate, față de formularea dispozițiilor art. 12 alin. (1) înclinăm să credem că prin aceasta legiuitorul a urmărit să indice atât calea de atac, ce exclude apelul cât și regula în sensul posibilității de declarare a recursului în raport cu orice hotărâre a judecătorului sindic; dar, orice regulă comportă și excepția derogatorie ceea ce înseamnă în raport cu acest din urmă aspect că în cazul încheierii prin care s-a respins o excepție, deoarece aceasta este aferentă unei judecăți aflată pe rol recursul se va putea declara doar odată cu hotărârea prin care se finalizează judecata respectivă, conform dreptului comun.

De asemenea, în raport cu dispozițiile art. 8 alin. (1) și art. 11 din Legea nr. 85/2006 s-ar putea interpreta că recursul poate fi declarat doar împotriva hotărârilor enumerate în cuprinsul acestuia din urmă articol. Or, dispozițiile art. 11 nu constituie o enumerare limitativă sau exhaustivă a atribuțiilor jurisdicționale ale judecătorului sindic, ci doar a celor principale.

Pe lângă acestea, ori de câte ori din reglementarea legală aplicabilă în materie rezultă intervenția judecătorului sindic acesta va soluționa problema cu care a fost sesizat prin darea unei hotărâri judecătorești, în condițiile în care în actuala reglementare judecătorul sindic are, în principiu, doar atribuții jurisdicționale, iar acestea sunt exercitate prin darea hotărârilor judecătorești.

Secțiunea a 3-a. Părțile în judecata recursului

Părțile în recurs (recurent/intimat) pot fi doar acelea față de care se poate reține că au avut, în condițiile legii, calitatea de parte și în raport cu judecata în primă instanță. Posibilitatea intervenirii în judecată pentru prima dată în recurs constituie un aspect distinct, care se raportează la dispozițiile dreptului comun în măsura în care acestea sunt aplicabile potrivit art. 149 din Legea nr. 85/2006. Nu întotdeauna toate părțile existente în cadrul procedurii privity în general au și calitate de părți în oricare dintre judecățile desfășurate în derularea acesteia, constituind obiectul unei cauze individualizate în materie. Aplicarea în mod corect, de către judecătorul sindic, la judecata în primă instanță, a prevederilor art. 7 alin. (2) din Legea nr. 85/2006, prezintă o deosebită importanță pentru delimitarea și în recurs a cadrului procesual, sub aspectul părților, iar în acest context și instanța de recurs se poate raporta la dispozițiile respective, fiind necesară însă interpretarea și aplicarea corespunzătoare a acestora, de la caz la caz.

De exemplu, în cazul recursului declarat împotriva hotărârii de deschidere a procedurii prin admiterea cererii introductive a creditorului, prin care s-a dispus și ridicarea dreptului de conducere al debitorului, s-a desemnat administratorul judiciar și s-a stabilit acestuia și atribuția de conducere a debitorului, în recurs nu este parte și nu se citează administratorul judiciar. Ridicarea dreptului și desemnarea administratorului judiciar sunt măsuri procedurale proprii continuării procedurii după deschiderea acesteia. Dacă recursul vizează doar **deschiderea procedurii**, va privi doar creditorul și debitorul, pentru că judecata în primă instanță s-a referit doar la aceștia. Cel mult administratorul judiciar ar putea fi citat în calitate de intimat doar pentru opozabilitate.

De asemenea, în cazul **acțiunilor în anulare** formulate în temeiul art. 79, art. 80 sau al acțiunilor formulate în baza art. 138 din Legea nr. 85/2006, creditorii nu vor putea fi părți în recursul declarat împotriva hotărârii prin care acțiunile au fost soluționate în primă instanță, decât în cazul în care în mod excepțional au avut **calitate procesuală** la prima judecată.

În practica judiciară au fost cazuri în care deși judecata acțiunii formulate în temeiul art. 138, a privit, potrivit legii, în primă instanță,

practicianul în insolvență sau comitetul creditorilor, în calitate de reclamanți și terți pârâți, pe de altă parte, împotriva hotărârii prin care s-a respins acțiunea au formulat recurs și creditorii în mod individual. Unele instanțe au considerat admisibilă calea de atac declarată de aceștia din urmă, motivând că altfel ar fi îngădit accesul la justiție al creditorilor, care au interes în **recuperarea creanțelor** și în raport cu acțiunea respectivă. Alte instanțe au respins recursul, considerând că în mod individual creditorii nu au calitate procesuală activă, din moment ce nu pot formula nici cererea întemeiată pe art. 138.

Apreciem că această din urmă soluție este legală. Prin reglementarea prevăzută de Legea nr. 85/2006, legiuitorul a renunțat la dispozițiile din Legea nr. 64/1995 care atribuiă creditorilor, priviți în mod individual, calitatea de titulari ai acțiunii întemeiată pe art. 138 și a conferit legitimitate procesuală activă în acest sens practicianului în insolvență și, în subsidiar, comitetului creditorilor, adecvând astfel elementele judecății acțiunii în discuție în funcție de caracterul colectiv, de esență al procedurii insolvenței. În acest context legal, interesul creditorilor nu poate fi realizat, în același timp, atât în mod colectiv cât și individual, deoarece procedura ar deveni contradictorie. Pentru situația în care practicianul în insolvență sau comitetul creditorilor nu declară recursul, contrar opiniei unor creditori, legiuitorul nu putea avea în vedere un transfer al legitimității procesuale active către aceștia din urmă, în condițiile în care rezolvarea unei astfel de situații trebuie să se realizeze în raport cu dispozițiile legale și principiile referitoare la caracterul colectiv al procedurii.

Secțiunea a 4-a. Termenul de recurs

Dispozițiile Legii nr. 85/2006 [art. 8 alin. (2)] prevăd, cu caracter special, un termen de recurs de 10 zile (spre deosebire de acela de 15 zile care constituie regula în dreptul comun) de la comunicarea hotărârii, dacă legea nu prevede altfel.

Termenul special de 10 zile se referă indiscutabil la declararea recursului, iar în ceea ce privește **motivarea recursului** s-au exprimat

opinii distincte. Astfel, într-o primă opinie se susține că termenul de 10 zile privește expres doar declararea iar nu și motivarea recursului; formularea „termenul de recurs” din art. 8 alin. (2) are în vedere, în raport cu dispozițiile din codul de procedură civilă, doar declararea recursului; totodată, dispozițiile de excepție sunt de strictă interpretare, adică derogă doar în măsura în care prevederea e distinctă în mod expres – prin urmare, pentru motivarea recursului termenul este cel prevăzut de dreptul comun, de 15 zile, care începe să curgă de la data comunicării hotărârii atacate. Cele arătate trebuie reținute în mod similar discuțiilor pe care le comportă recursul împotriva **ordonanței președințiale**.

Într-o altă opinie, la care subscriem, termenul de motivare a recursului în materia insolvenței este tot de 10 zile de la comunicarea hotărârii atacate. Potrivit art. 303 alin. (1) C. proc. civ. recursul se va motiva prin însăși cererea de recurs sau înăuntrul termenului de recurs. Aspectul derogatoriu de la dreptul comun din cuprinsul art. 8 alin. (2) este durata termenului de recurs, stabilită cu caracter special la 10 zile, pentru **celeritatea** procedurii. În rest, dispozițiile art. 303 alin. (1) C. proc. civ. sunt aplicabile în procedura insolvenței, în conformitate cu art. 149 din Legea nr. 85/2006, fiind compatibile cu dispozițiile acesteia. Reținerea unui termen de motivare de 15 zile ar înlătura, în mod contradictoriu sub aspect legislativ, celeritatea asigurată de termenul de 10 zile pentru declararea recursului. În același sens termenul de 5 zile prevăzut de art. 582 alin. (1) C. proc. civ., privește atât declararea cât și motivarea recursului împotriva ordonanței președințiale, singurul aspect specific în cazul acesteia, fiind acela că în timp ce pentru declarare termenul de 5 zile poate curge și de la pronunțare, pentru motivare curge întotdeauna de la comunicarea hotărârii.

Termenul se calculează pe zile libere, potrivit dreptului procesual comun, la cele 10 zile adăugându-se ziua în care s-a efectuat comunicarea și ziua în care cererea de recurs s-a înregistrat la instanță or s-a aplicat pe plic stampila poștei – în cazul recursului trimis pe această cale, cu mențiunea că în cazul în care a 12 a zi astfel calculată cade într-o zi de sărbătoare legală, termenul se consideră împlinit în prima zi lucrătoare ulterioară.

Necesitatea comunicării hotărârii către părți, în copie, pentru curgerea termenului de recurs rezultă în mod expres [fiind astfel prevăzută în art. 8 alin. (2) din lege, ca și în cazul art. 261 alin. (3) C. proc. civ.] și, în consecință, toate hotărârile judecătorului sindic trebuie comunicate părților în măsura în care sunt supuse recursului, cu excepția cazului în care legea dispune altfel.

Efectul începerii curgerii termenului de recurs îl are doar comunicarea, iar nu și alte acte de procedură similare cum ar fi notificarea închiderii procedurii, etc. Neefectuarea comunicării lasă la latitudinea părților cu interese contrare derulării firești a procedurii, posibilitatea formulării recursului într-un termen nedefinit din punct de vedere efectiv, ceea ce atrage riscul înlăturării întregii proceduri desfășurate ulterior pronunțării hotărârii rămasă necomunicată.

În contextul structurii complexe a procedurii insolvenței părțile cărora li se face comunicarea hotărârilor sunt cele la care s-au referit fiecare dintre judecățile succesive finalizate prin hotărârile respective, iar în cazul fiecărei judecăți părțile implicate pot fi mai puține decât toți participanții la momentul respectiv în procedură, deoarece uneori, nu toate părțile au legătură cu obiectul unei anume judecăți. În cazul hotărârilor mai importante sub aspectul structurării procedurii insolvenței, chiar legiuitorul a indicat părțile care trebuie citate la judecată, dar au mai rămas multe cazuri în care cadrul procesual referitor la părți este discutabil, iar modul de soluționare unitară a acestui aspect revine practicii judiciare, pentru a se înlătura situațiile în care instanța de recurs casează cu trimitere pentru rejudecare, în temeiul art. 312 pct. 5 C. proc. civ., pentru motivul că în mod greșit prima instanță a judecat fără citare, considerând că unele părți nu trebuie citate. Oricum, potrivit art. 261 alin. (1) pct. 2 C. proc. civ. hotărârea supusă recursului trebuie să cuprindă numele și domiciliul părților, menționarea acestora omițându-se adeseori în practică, în mod nejustificat.

Secțiunea a 5-a. Instanța competentă pentru soluționarea recursului

Cererea de recurs trebuie depusă la instanța unde funcționează judecătorul sindic care a pronunțat hotărârea ce se atacă, în caz contrar sub sancțiunea anulării acestei cereri, potrivit art. 302 C. proc. civ.

După împlinirea termenului de recurs pentru toate părțile – ceea ce se constată în raport cu dovezile de comunicare restituite la dosarul primei instanțe, cererea de recurs se înaintează instanței prevăzută de lege pentru judecarea acesteia; potrivit art. 8 alin. (1) din Legea nr. 85/2006 instanța căreia îi revine **competența** materială și teritorială de a judeca recursurile declarate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic, deci de a exercita controlul judiciar, este curtea de apel în raza căreia se află tribunalul la care s-a pronunțat hotărârea recurată.

În cazul în care a intervenit strămutarea dosarului la un alt tribunal, s-a pus problema cărei instanțe de recurs îi revine competența de a soluționa recursurile (nesoluționate până la strămutare) declarate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic anterior strămutării.

Într-o primă opinie, se susține că strămutarea dosarului la un alt tribunal ar avea efecte și asupra competenței de judecată a recursurilor declarate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic anterior strămutării astfel că toate aceste recursuri ar trebui trimise spre competență soluționare, curții de apel în raza căreia se află tribunalul la care s-a strămutat judecata cauzei. În susținerea acestei opinii se pretinde că instanța de recurs superioară tribunalului de la care cauza a fost strămutată nu ar putea lua nicio măsură din moment ce cauza se află la un alt tribunal, din raza altei curți de apel.

Or, ceea ce se pretinde nu se și argumentează în mod valabil. Este adevărat că în actuala formulare a Codului de procedură civilă dispozițiile art. 299 alin. (2), potrivit cărora recursul se soluționează de instanța imediat superioară celei care a pronunțat hotărârea în apel, nu se referă și la situația aplicabilă în speță, în care hotărârile pot fi atacate doar cu recurs; de asemenea, au fost abrogate dispozițiile art. 299 alin. (3), care prevedeau că în situația menționată judecarea recursului

este de competența instanței imediat superioare celei care a pronunțat hotărârea în cauză sau, după caz, de competența instanței expres prevăzute de lege, dar acestea fuseseră promulgate în contextul unei inițiative legislative prin care se urmărea judecata majorității recursurilor de către I.C.C.J. Cu toate acestea, în principiu, cererile privind căile de atac declarate se înaintează spre soluționare instanței imediat superioare în raza căreia se află instanța a cărei hotărâre a fost recurată, relativ la ipoteza în discuție nu există o dispoziție contrară, iar strămutarea de la tribunalul inițial la un alt tribunal se referă exclusiv la nivelul primei instanțe fără a se putea extinde efectele și asupra instanței de recurs (dacă părțile ar urmări ca și recursul să nu se judece la curtea de apel în raza căreia se află primul tribunal, pentru motive care atrag strămutarea ar trebui să ceară și să obțină strămutarea în mod expres și cu privire la recursul respectiv).

Într-o altă opinie, pe care o apreciem valabilă, strămutarea dosarului de insolvență de la un tribunal la altul nu poate avea efecte asupra competenței de judecată a recursurilor declarate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic anterior strămutării, astfel că acestea trebuie judecate de curtea de apel în raza căreia se află tribunalul care a pronunțat hotărârea atacată, chiar dacă ulterior s-a strămutat cauza de la acesta. În funcție de data pronunțării hotărârilor de către judecătorul sindic și de data la care s-a dispus strămutarea se va avea în vedere judecarea de către curtea de apel în raza căreia se află tribunalul de la care s-a strămutat cauza, a recursurilor împotriva hotărârilor pronunțate anterior strămutării și de către curtea de apel în raza căreia se află tribunalul la care s-a strămutat cauza, a recursurilor împotriva hotărârilor pronunțate ulterior strămutării.

Secțiunea a 6-a. Reglementarea specială a unor aspecte procedurale

1. Legea nr. 85/2006 prevede, cu caracter special, potrivit art. 8 alin. (3) teza III și IV, că la instanța de apel se trimite nu dosarul original în care s-a pronunțat hotărârea recurată, al primei instanțe ci doar actele

din acesta care interesează soluționarea căii de atac, în copie certificată de grefierul-șef al tribunalului, selectate de judecătorul sindic, cu mențiunea că, în cazul în care instanța de recurs consideră necesare și alte acte din dosarul de fond, poate pune în vedere părților interesate să le depună, în copie certificată.

Modalitatea trimerii doar a unor acte, fie și în copii certificate a fost justificată de necesitatea asigurării celerității procedurii insolvenței, pornind de la faptul că în condițiile în care hotărârile judecătorești sunt definitive și executorii – în primul rând în sensul continuării procedurii, lipsa dosarului cauzei de la tribunal pe perioada îndelungată adeseori a soluționării recursului, poate împiedica derularea în continuare a procedurii la prima instanță. Dar, posibilitatea selectării doar a unora dintre actele dosarului primei instanțe contravine obiectului și naturii controlului judiciar exercitat prin recurs, limitând, în principiu, măsura în care raportul juridic cu privire la care s-a pronunțat hotărârea recurată este reflectat în copia respectivului dosar și, deci și posibilitatea instanței de recurs de a-și forma în mod corespunzător realității propria convingere, cu consecința reducerii șanselor de pronunțare a unei decizii temeinice și legale în recurs. Posibilitatea instanței de recurs de a solicita completarea înscrisurilor nu este decât aparent suficientă, pentru că în lipsa înscrisurilor nu există, de cele mai multe ori, nici vreun indiciu că acestea au existat în dosarul de fond și, deci, că ar putea fi solicitate.

Chiar dacă nu s-a reținut de către Curtea Constituțională neconstituționalitatea dispozițiilor art. 8 alin. (3) teza II din Legea nr. 85/2006 aspectul în discuție este cu atât mai nefiresc, în contextul celor arătate, cu cât pe cale de interpretare a dispozițiilor art. 8 alin. (4) și (5) din Legea nr. 85/2006 raportat la art. 300 alin. (1) și (2) respectiv, art. 403 alin. (3) și (4) C. proc. civ., instanța de recurs nesesizată încă formal cu soluționarea recursului, dar având de soluționat o cerere de suspendare a **executării silite** a hotărârii recurate, în condițiile legii, ar putea solicita dosarul propriu-zis al instanței de fond pentru propria lămurire.

Referitor la modalitatea de trimitere la instanța de recurs a dosarului primei instanțe opinăm că ar fi mai adecvată structurarea dosarului respectiv pe secțiuni (fascicule), în mod corespunzător judecăților finalizate, cu unele dintre cele mai importante hotărâri enumerate în art. 11

din Legea nr. 85/2006 (de exemplu, deschiderea procedurii, stabilirea pasivului și activului, admiterea și confirmarea planului, reorganizarea, falimentul, acțiunile în anulare sau în atragerea răspunderii, etc.). De altfel, această modalitate era specifică și reglementării străine în materia insolvenței care a influențat cel mai mult, în 1995, redactarea Legii nr. 64/1995 privind procedura reorganizării și lichidării judiciare. Astfel, pentru deplina lămurire a instanței de recurs, acestea i s-ar putea înainta secțiunea din dosarul primei instanțe referitoare la hotărârea recurată. Desigur că o astfel de modalitate ar fi adecvată dar reclamă, de *lege ferenda* și completarea substanțială în acest sens a Legii nr. 85/2006; în condițiile în care este întrutotul necunoscută în reglementarea internă, precum și renunțarea la dosarul unic de recurs prevăzut de art. 8 alin. (6) din aceeași lege.

2. Dispozițiile art. 8 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, care au fost preluate din ultima formă a Legii nr. 64/1995 și au fost incluse la art. 99¹ din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, prevăd că pentru toate cererile de recurs formulate împotriva hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic în cadrul procedurii se constituie un singur dosar. Este vorba de dosarul care se constituie la curtea de apel, pentru soluționarea cererilor de recurs, iar nu despre un dosar care ar fi constituit la tribunal și s-ar înainta în același scop instanței de recurs – astfel cum în mod greșit s-a mai susținut în doctrină judiciară.

În lipsa oricărei distincții în textul de lege, dispozițiile respective - care se referă la dosarul constituit pentru judecata recursului, la curtea de apel - au în vedere atât ipoteza obișnuită în care, potrivit art. 11 alin. (1), este recurată în mod separat – prin una sau mai multe cereri de recurs, o singură hotărâre a judecătorului sindic cât și ipoteza în care sunt recurate două sau mai multe hotărâri succesive ale judecătorului sindic, mai înainte ca vreunul dintre aceste recursuri (pentru fiecare dintre acestea fiind vorba de una sau mai multe cereri de recurs) să fie soluționate. Interpretarea în sensul că dispozițiile în discuție ar prevedea doar constituirea unui singur dosar pentru toate cererile de recurs formulate împotriva numai a uneia dintre hotărârile pronunțate de judecătorul sindic nu este cazul să fie reținută. Dacă intenția legiuitorului ar fi fost în acest din urmă sens ar fi utilizat o formulare literală adecvată, care oricum nu ar fi adus nimic nou, ci doar ar fi preluat în legea specială

reglementarea din procedura de **drept comun**; în plus, dispoziția este anterioară instituirii regulilor privind numărul unic de dosar. Din formularea textului rezultă că în raport cu cea de a doua ipoteză menționată, înțelesul avut în vedere de către legiuitor este în sensul că dosarul de recurs trebuie să reunească toate cererile de recurs care se formulează în mod succesiv împotriva tuturor hotărârilor pronunțate de judecătorul sindic, de asemenea în mod succesiv, în cadrul procedurii derulate la tribunal împotriva unui debitor. În sensul acestei interpretări trebuie avute în vedere și regulile privind instituirea unui număr unic de dosar (în sensul că la curtea de apel dosarul acesteia primește același număr cu acela al dosarului tribunalului) fără ca lucrurile să se rezume doar la acestea, deoarece în concret nu este vorba doar de aspectul formal al aceleiași număr scris pe mai multe coperti de dosar ci efectiv de judecata mai multor recursuri într-un singur dosar. În fapt, prima sau primele cereri de recurs formulate împotriva unei (singure) hotărâri a judecătorului sindic se înregistrează la curtea de apel într-un dosar cu un număr unic (cel al dosarului tribunalului); recursurile care se vor formula împotriva unei următoare hotărâri a judecătorului sindic se vor înregistra – dacă primul recurs mai este încă pe rol la instanța de recurs – în același dosar și așa mai departe, până la ultima hotărâre a judecătorului sindic, cu mențiunea că în cazul în care, la un moment dat sunt soluționate toate recursurile din dosarul respectiv, acesta se va trimite la tribunal, la dosarul de fond și dacă se formulează în continuare recursuri împotriva unor alte hotărâri ulterioare ale judecătorului sindic, la curtea de apel se vor repeta cele arătate. Practic, în mod similar dosarului tribunalului, care reunește toate actele de procedură derulate în primă instanță, legiuitorul a avut în vedere să existe un singur dosar, în sens material, și la instanța de recurs, care va reuni judecățile cu privire la toate recursurile formulate referitor la procedura în speță. Astfel, dosarul instanței de recurs va cuprinde și toate deciziile date în recurs, după cum dosarul tribunalului cuprinde toate hotărârile pronunțate de judecătorul sindic în primă instanță (deși încă sunt cazuri în care, în mod nelegal, avându-se în vedere motive nejustificate, judecătorul sindic constituie pentru aceeași procedură mai multe dosare, cu numere diferite).

Reglementarea în sensul arătat complică judecata în recurs, mai ales în condițiile în care formularea textului de lege generează interpretări contrarii iar unele dispoziții ale codului de procedură civilă sau ale regulamentului de funcționare a instanțelor pot fi considerate relativ contrare sau necorespunzătoare. Vom face în continuare câteva referiri la probleme care pot apare în contextul supus discuției.

După cum s-a arătat, în dosarul constituit ca urmare a înregistrării primului sau primelor recursuri declarate într-o procedură împotriva unei hotărâri a judecătorului sindic se vor înregistra, dacă judecata acestora mai este încă pe rol și următorul/următoarele recursuri declarate împotriva unei alte hotărâri, succesive a judecătorului sindic.

În exemplul cel mai simplu, care presupune declararea succesivă a câte unui recurs împotriva fiecăreia din două hotărâri succesive ale judecătorului sindic, dacă primul recurs înregistrat nu s-a soluționat încă, instanța de recurs devine sesizată, cel puțin o perioadă, în același timp și cu judecata celui de al doilea recurs și va trebui să aibă în vedere soluționarea ambelor recursuri. Trecerea la soluționarea ambelor recursuri este accesibilă, desigur în condițiile în care teoretic nimic nu este imposibil, dar sub aspect practic nu este nevoie de prea multă imaginație pentru a anticipa cât de mult se poate complica judecata în recurs ca urmare a întrepătrunderii judecării fiecăruia dintre recursuri în același timp, în plus față de complexitatea cauzei în sine. Dar, cum în dosarul de primă instanță astfel de situații, privind aflarea în mod concomitent pe rol judecătorului sindic a mai multor cereri în vederea judecării intervin frecvent în raport cu complexitatea procedurii, fără a constitui un impediment insurmontabil pentru desfășurarea acesteia, este de reținut că este posibilă și judecata în același dosar a mai multor cereri de recurs privind mai multe hotărâri succesive pronunțate de către judecătorul sindic, cu care instanța de recurs este sesizată în același timp.

Modalitatea în care se procedează în concret, la judecata concomitent a recursurilor rămâne la latitudinea instanței de recurs și ține de competența profesională a membrilor completului de judecată de a gestiona obiectul judecării în condițiile legii, cu respectarea dispozițiilor imperative ale acesteia.

Judecata a două sau mai multe recursuri (presupunând cercetarea judecătorească, probe, decizii, etc.) în același timp și în același dosar se

poate face fie în paralel – ceea ce ar presupune, încheieri, termene și decizie diferite pentru fiecare recurs în parte, fie în comun – cea ce presupune încheieri, termene și o decizie comună pentru recursurile respective, fie într-o modalitate rezultată din îmbinarea primelor două.

În raport cu dreptul procedural comun, cererile de recurs privind hotărâri distincte ar trebui să fie soluționate printr-o decizie separată, pentru fiecare hotărâre atacată în parte.

Dar, în condițiile în care, inclusiv până în prezent, la judecata în primă instanță judecătorul sindic a soluționat printr-o singură hotărâre mai multe cereri – ceea ce demonstrează că este posibil și există dispoziția cu caracter special prevăzută de art. 8 alin. (6) din Legea nr. 85/2006, nimic nu împiedică soluționarea și printr-o singură decizie a două sau mai multe recursuri.

Această interpretare rezultă și în raport cu prevederile art. 99¹ alin. (2) din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, potrivit căroră, după înregistrarea la curtea de apel, într-un dosar a recursului/recursurilor împotriva unei hotărâri a judecătorului sindic „cererile de recurs ulterioare, formulate împotriva altor hotărâri care vizează același debitor, vor primi coperti inscripționate cu același număr unic de dosar, atribuit prin repartizarea aleatorie a primului recurs, iar pentru soluționarea fiecărui recurs completul astfel investit poate pronunța câte o decizie”. Formularea textului are caracter facultativ în ceea ce privește ultimul aspect, ceea ce înseamnă că rămâne la latitudinea instanței, în funcție de condițiile concrete, dacă soluționează fiecare recurs printr-o decizie separată sau soluționează toate recursurile cu care este investită la un moment dat printr-o singură decizie.

Este de reținut, deci, că judecata concomitentă a mai multor recursuri nu constituie o cerință a legii în sensul caracterului legal obligatoriu dar este recomandabilă atunci când este posibilă în concret pentru asigurarea celerității și în calea de atac; legea specială în materie nu impune decât judecarea recursurilor în același dosar iar nu și judecata concomitentă, dar această modalitate de judecată este de preferat sub aspectul asigurării celerității.

Judecarea succesivă (separată) în timp, iar nu sub aspect material a recursurilor, ar putea interveni, de exemplu, în următoarea situație: hotărârile judecătorului sindic privesc acte de procedură prevăzute legal a fi realizate într-o anumită succesiune în derularea procedurii iar

fiecare dintre aceste acte are un conținut diferit de celelalte, nepunându-se problema că ar putea fi prevăzută derularea a două sau mai multe acte de procedură cu același conținut. Într-o procedură existența valabilă a unui act depinde de existența (sau măsura în care se menține această existență) a actului anterior, **nulitatea** unui act atrăgând nulitatea actelor subsecvente, în măsura în care nu au o existență de sine stătătoare (excepție rar întâlnită în materia insolvenței). Față de acestea, este de domeniul evidenței că trebuie avută în vedere judecarea cu prioritate a recursurilor declarate împotriva hotărârilor judecătorești, sindic referitoare la un act de procedură prevăzut a se efectua mai înainte celorlalte la care se referă hotărârile ulterioare, atacate prin celelalte cereri de recurs. Dacă s-a înregistrat mai întâi un recurs privind un act de procedură subsecvent și mai apoi un recurs privind un act de procedură anterior poate fi cazul ca judecata primului recurs să fie amânată în raport cu judecata celui de al doilea menționat sau chiar să fie suspendată. Amânarea, respectiv, suspendarea nu rezultă expres din legea specială în materie, dar se impune pe cale de consecință, având în vedere că existența unei hotărâri a judecătorești sindic, atacată printr-un recurs depinde de măsura în care se menține sau nu hotărârea atacată printr-un alt recurs, hotărâre față de care aceea atacată prin celălalt recurs este subsecventă în derularea procedurii.

Aparent problema amânării sau a suspendării judecării la care s-a făcut referire nu ar trebui să intervină decât în mod excepțional, deoarece între pronunțarea hotărârilor de către judecătorul sindic trece, în mod normal, un interval de timp suficient în care pot fi soluționate recursurile împotriva hotărârilor anterioare, dar practica judiciară a dovedit că o astfel de problemă poate interveni relativ frecvent.

Sub un alt aspect, reglementarea legală existentă în materia insolvenței nu a indicat și modalitatea în care este remisă primei instanțe decizia din recurs, fiind vorba nu numai despre soluția în sine ci de decizia în integralitatea ei, inclusiv considerentele – care pot avea relevanță pentru prima instanță, de exemplu în cazul **casării** cu trimitere pentru rejudecare. În scopul menționat, în raport cu dreptul procedural comun, dosarul de recurs, după soluționarea recursului este trimis primei instanțe. Dar, în situația în care pentru soluționarea tuturor recursurilor promovate într-o procedură se constituie un singur dosar la

instanța de recurs este posibilă remiterea către prima instanță a dosarului de recurs doar în cazul în care la momentul la care s-a soluționat un recurs încă nu s-a primit un alt recurs privind o hotărâre ulterioară a judecătorului sindic; chiar dacă puțin probabil, este posibil, însă, ca dosarul să rămână la instanța de recurs, pentru judecarea recursurilor succesive chiar și pe tot parcursul procedurii la instanța de fond. Într-o astfel de situație, ar fi împiedicată cunoașterea de către prima instanță, în mod nemijlocit, a deciziilor din recurs și chiar dacă se poate recurge în fapt la părți pentru certificatul de pe minută sau o copie a deciziilor conformă cu originalul, apreciem că sub aspectul reglementării în drept specific trebuie rezolvat și acest aspect.

Dosarul unic de recurs, în sensul arătat, implică și menținerea într-un grad mai ridicat a aceluiași complet de judecată, pentru că în măsura în care până la soluționarea unui recurs în dosar se înregistrează și un alt recurs același complet va continua judecata și cu privire la acesta din urmă. Mai mult, în baza dispozițiilor art. 99¹ din Regulamentul de ordine interioară al instanțelor judecătorești, s-a considerat în practica judiciară că dacă o cerere de recurs ulterioară a primit numai coperti înscrispionate cu același număr unic de dosar dar nu a fost atașată la dosarul având ca obiect recursul anterior ci a fost atribuit în urma repetării procedurii de repartizare aleatorie unui alt complet, acel complet este în măsură să trimită și această din urmă cerere de recurs la completul investit inițial cu recursul anterior. Desigur că o astfel de măsură apare ca fiind justificată sub aspect tehnic – juridic. Considerăm însă, într-o opinie personală, că prevederile art. 99¹ alin. (2) menționate constituie o adaptare tehnic – formală a dispozițiilor art. 8 alin. (6) din Legea nr. 85/2006 dar derogă în mod inacceptabil de la ideea care a determinat instituirea regulii privind repartizarea cauzelor pe criterii aleatorii în vederea judecății. Teoretic, nu este imposibil ca în condițiile reglementării existente, toate recursurile declarate referitor la o procedură să revină spre soluționare unui singur complet de la curtea de apel competentă, deși recursurile nu prezintă acel aspect unitar propriu procedurii derulate în primă instanță iar activitatea completului de judecată de la instanța de recurs nu este similară celei a judecătorului sindic, sau cel puțin reglementarea legală existentă nu reflectă suficient o astfel de situație. În condițiile în care riscul **incompatibilităților** era deja favorizat

de numărul redus al judecătorilor de la instanța de recurs raportarea doar la un complet de judecată este în măsură să accentueze riscul respectiv, cu atât mai mult cu cât pentru membrii completului respectiv nu au fost prevăzute dispoziții similare art. 12 alin. (2) din Legea nr. 85/2006.

În concluzie, prevederea legală a unui singur dosar pentru soluționarea recursurilor declarate într-o procedură nu apare ca fiind adecvată și, în condițiile în care pare să creeze mai multe probleme decât se dovedește în măsură să rezolve, nu este nici necesar să fie menținută de către legiuitor.

Oricum, dispozițiile art. 99¹ din regulamentul de ordine interioară al instanțelor nu constituie o reglementare suficientă față de complexitatea pe care o reclamă instituirea unui singur dosar la instanța de recurs. În condițiile în care legiuitorul a omis să precizeze expres ceea ce a înțeles prin sintagma „un singur dosar” din cuprinsul dispozițiilor art. 8 alin. (6) și față de problemele pe care le ridică aplicarea dispozițiilor menționate în interpretarea în sensul arătat mai sus, practica judiciară este contradictorie. Unele curți de apel, raportându-se la prevederile art. 99¹ alin (2) din regulamentul indicat anterior atribuie cererilor de recurs subsecvente coperți cu același număr unic de dosar și le supun repartizării aleatorii. Or în acest fel, deși se ajunge la respectarea regulilor privind repartizarea aleatorie, nu mai poate fi vorba de un singur dosar în înțelesul art. 8 alin. (6).

3. Dispozițiile art. 8 alin. (3) teza I din Legea nr. 85/2006 prevăd ca recursul să fie judecat în termen de 30 de zile de la înregistrarea dosarului la curtea de apel, de completuri specializate.

În ceea ce privește primul aspect, referitor la intervalul de timp pentru judecarea recursului, în practica judiciară termenul de 30 de zile a fost interpretat în mod justificat ca un termen de recomandare. În acest context primul termen de judecată este stabilit în limita celor 30 de zile prevăzute, inclusiv prin sistemul informatizat de repartizare aleatorie a dosarelor, dar, justificat de o multitudine de aspecte cum ar fi neîndeplinirea legală a procedurii de citare, administrarea probelor, respectarea dreptului la apărare, etc. nu este întotdeauna efectiv posibil ca judecata recursului să se realizeze la primul termen de judecată și aceasta se poate amâna legal și după împlinirea termenului de 30 de

zile. Caracterul de recomandare al termenului în discuție, dincolo de aparenta formulare a textului de lege poate fi reținută și în raport cu faptul că legiuitorul nu a prevăzut nicio sancțiune pentru cazul în care termenul respectiv este depășit.

*

În ceea ce privește **specializarea completurilor de judecată**, aceasta ar trebui să fie asigurată în raport atât cu natura cauzelor repartizate spre soluționare cât și cu specializarea profesională a judecătorilor.

*

Referitor la primul aspect, caracterul specializat reclamă faptul că dosarele având ca obiect recursurile împotriva hotărârilor judecătorului sindic trebuie repartizate unor completuri de judecată în mod exclusiv, fără ca pe rolul acestora să se mai afle și cauze de altă natură juridică. Este vorba, deci, de o specializare după materie, reglementarea specială în materia insolvenței justificând soluționarea în completuri distincte a cauzelor respective, separat de cauzele de drept comun sau cărora le sunt aplicabile alte reglementări speciale. Prevăzând, potrivit art. 6 din Legea nr. 85/2006 că în primă instanță, procedura insolvenței se exercită de către un judecător sindic – judecător specific procedurii insolvenței, legiuitorul a avut în vedere la tribunal completurile specializate, atât în raport cu materia cauzelor cât și cu judecătorul care compune completul de judecată. Prin dispozițiile art. 8 alin. (3) teza I din Legea nr. 85/2006 legiuitorul a stabilit practic aceeași cerință a specializării și pentru judecata recursului în materia insolvenței, cu toate că pe baza dispozițiilor menționate se poate susține expres doar specialitatea materiei de drept iar nu și criteriul specializării profesionale în materia insolvenței a judecătorilor care compun completurile de judecată. Până în prezent, din motive legate de imposibilitatea asigurării specializării profesionale a unui număr suficient de judecători și de funcționarea sau încărcătura instanțelor de recurs, completurile specializate au rămas mai mult un deziderat, pentru atingerea căruia trebuie în continuare să se insiste, în condițiile în care constituie un aspect în măsură să conducă la o mai bună administrare a justiției în materia insolvenței iar specializarea profesională reprezintă oricum un imperativ al activității judecătorilor.

Trebuie avut în vedere și că în cazul în care nu sunt disponibile mai multe completuri pentru judecata recursurilor în materia insolvenței, nu se poate asigura nici repartizarea aleatorie a cauzelor.

Secțiunea a 7-a. Citarea părților în recurs

Dispozițiile art. 8 alin. (3) (teza a II-a) din Legea nr. 85/2006 prevăd în mod expres că citarea părților în recurs se face prin **Buletinul procedurilor de insolvență**. Cum în formularea textului de lege nu se face nicio altă distincție, rezultă că în recurs citarea ar trebui realizată în toate cazurile numai prin Buletinul procedurilor de insolvență, indiferent de orice alte aspecte care ar putea fi atrase în discuție; după cum vom vedea se pune, însă, problema unei posibile ipoteze de excepție în care ar trebui reținută efectuarea citării potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă în cazul anumitor recursuri.

Concluzia în sensul arătat este susținută de următoarele aspecte:

În cuprinsul Legii nr. 85/2006 se regăsesc și alte dispoziții referitoare la îndeplinirea actelor de procedură, inclusiv în ceea ce privește citarea. Astfel, dispozițiile art. 7 alin. (1) și (3) prevăd citarea părților prin Buletinul procedurilor de insolvență, ca regulă, iar ca excepție de la regulă și potrivit Codului de procedură civilă (care constituie **dreptul comun** în materie procedurală) în cazul în care domiciliul sau reședința participanților la proces se află în străinătate, în cazul actelor de procedură anterioare deschiderii procedurii or notificării acestei deschideri (dacă creditorii au fost identificați). De asemenea, dispozițiile art. 19 din H.G. nr. 1881/2006 prevăd – tot ca o excepție de la regulă – că publicitatea actelor de procedură se efectuează conform dreptului comun (Codul de procedură civilă), în cazul soluționării de către instanțele judecătorești a acțiunilor privind situația juridică a unor acte ale debitorului și a acțiunilor în atragerea răspunderii administratorului debitorului, introduse de administratorul judiciar sau, după caz, de lichidator.

Pornindu-se de la regula și excepțiile respective, în practica și doctrina juridică s-a susținut opinia în sensul că dispoziția prevăzută de art. 8 alin. (3) privind efectuarea citării în recurs trebuie coroborată cu

dispozițiile la care s-a făcut referire în paragraful anterior, situație în care interpretarea art. 8 alin. (3) trebuie făcută în sensul că excepțiile prevăzute în mod expres de art. 7 alin. (1) și (3) din Legea nr. 85/2006, respectiv, art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 pentru soluționarea în fond a procedurii se aplică pentru citare și în cazul recursului. Se susține în sensul arătat că citarea părților în recurs trebuie să se facă potrivit Codului de procedură civilă:

- în cazul recursului formulat împotriva unei hotărâri (și hotărârile judecătorești constituie un act de procedură) pronunțată de judecătorul sindic anterior deschiderii procedurii propriu-zise, cum ar fi aceea prin care s-a respins cererea introductivă (și eventual s-a admis contestația debitorului) deoarece în raport cu această hotărâre, la momentul respectiv nu există o procedură deschisă în ceea ce privește părțile, iar potrivit art. 3 pct. 29 din Legea nr. 85/2006 și art. 1 alin. (1) lit. a), alin. (4) din H.G. nr. 460/2005 astfel cum a fost modificată prin H.G. nr. 1881/2006 obiectul (scopul) Buletinului procedurilor de insolvență este publicarea citațiilor sau a celorlalte acte de procedură după deschiderea procedurii insolvenței, în cadrul derulării iar nu în lipsa acesteia. În practica judiciară s-a apreciat, în cadrul aceleiași opinii, că și în cazul hotărârii prin care s-a deschis procedura, citarea în recurs trebuie efectuată potrivit Codului de procedură civilă;

- în cazul în care domiciliul sau reședința părților din recurs se află în străinătate, deoarece Buletinul procedurilor de insolvență nu are decât o răspândire națională;

- în cazul recursului formulat împotriva hotărârilor prin care s-au soluționat acțiunile privind situația juridică a unor acte ale debitorului sau acțiunile în atragerea **răspunderii membrilor organelor de conducere**, deoarece ceea ce a justificat citarea la fond în baza Codului de procedură civilă rămâne valabil și în recurs (și anume, faptul că avem de a face cu acțiuni bine delimitate a căror judecată este apropiată dreptului procesual comun, că este necesar ca față de persoanele fizice implicate ca părți în aceste acțiuni citarea să se realizeze în mod individual, pentru certitudinea înștiințării lor despre proces, etc.).

În opinia respectivă se recunoaște, desigur, că cele susținute nu sunt prevăzute expres în lege, ceea ce este evident, ci sunt rezultatul interpretării.

Pentru o corectă lămurire asupra dispozițiilor art. 8 alin. (3), în legătură și cu opinia menționată și în baza utilizării unor modalități de interpretare corespunzătoare, se vor avea în vedere următoarele:

Interpretarea literal/gramaticală – În Legea nr. 85/2006 prin termenul „procedură”; legiuitorul are în vedere procedura insolvenței în sine, sub aspectul ei specific, procedură care în raport cu dispozițiile art. 6 se derulează, practic, numai la tribunal, în fond, în fața judecătorului sindic iar nu și în fața instanței de recurs, unde se derulează doar judecata unei căi de atac (în esență, pentru referirile la „judecata în primă instanță” sau la „judecata în recurs” trebuie avut în vedere și că actele de procedură, în primul rând judecata care se desfășoară efectiv la instanța de fond nu constituie decât o parte din procedura insolvenței; o mare parte dintre actele procedurii desfășurându-se și în afara instanței). Chiar dacă într-un sens mai general al procedurii, este considerat un element al acesteia și recursul, acesta nu poate fi decât un element aferent procedurii insolvenței propriu-zise, iar nu intrinsec și specific acesteia. Practic, Legea nr. 85/2006 nu are ca obiect reglementarea recursului în general ci [în art. 8 alin. (3)] doar a unor aspecte speciale derogatorii de la dreptul comun, privind judecata recursului în materia insolvenței.

În contextul celor arătate mai sus, prin dispozițiile art. 7 (nu intră în discuție aici, neavând relevanță, prevederile din cuprinsul acestui articol care vizează forma, persoanele implicate, efectele actelor de procedură la care se referă – care au caracter general) legiuitorul a stabilit regula și excepțiile aplicabile citării în timpul derulării procedurii insolvenței în fond, la tribunal [în acest sens referirile la procedură sau la judecătorul sindic din cuprinsul art. 7 alin. (2) sunt relevante], iar pentru citarea în recurs a avut în vedere reglementarea acesteia în mod *separat*, prin dispozițiile art. 8 alin. (3) – care prevăd în mod *expres* citarea doar (adică în mod *exclusiv*) prin Buletinul procedurilor de insolvență. Dispozițiile art. 8 alin. (3) în discuție nici *nu disting* în niciun fel, nici în sensul că în recurs citarea nu s-ar face prin Buletinul procedurilor de insolvență ci conform Codului de procedură civilă în cazul în care hotărârile recurate au fost pronunțate în ipotezele de excepție din art. 7 alin. (1), (3) sau din art. 19 menționate anterior. Din moment ce se reglementează astfel citarea nu numai prin dispoziții

disparate dar și în cadrul unor instituții juridice distincte (procedura insolvenței propriu-zisă, respectiv, judecata recursului), coroborarea dispozițiilor art. 8 cu acelea din art. 7 nu se justifică, ci, dimpotrivă, acestea trebuie interpretate de sine stătător, pentru art. 8 alin. (3) aplicându-se principiul în raport cu care nu se vor face distincții acolo unde chiar legiuitorul nu a înțeles să distingă.

Chiar dacă nu am avea în vedere caracterul separat al dispozițiilor în discuție ci, dimpotrivă, am aprecia că trebuie analizate ca elemente ale unui sistem, în interdependență, într-o astfel de situație ar interveni în mod inerent constatarea că – în raport cu succesiunea articolelor din secțiunea din care fac parte – dispozițiile art. 8 alin. (3) referitoare la citare au caracter special față de dispozițiile art. 7 (pentru aceleași motive pentru care pot fi reținute și drept dispoziții distincte); or, dispozițiile speciale au caracter derogatoriu, iar pentru dispozițiile art. 8 alin. (3) acest caracter se verifică în mod expres, ele preluând din art. 7 doar regula privind citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență iar nu și excepțiile instituite prin acestea. În contextul aceluiași aspect, referitor la aplicabilitatea principiului *specialia derogant generalibus* pentru art. 8 alin. (3), trebuie avut în vedere că pe lângă acest articol de lege, în cuprinsul Legii nr. 85/2006 se mai regăsesc și alte dispoziții de excepție, în mod expres derogatorii de la art. 7 [art. 57, 61 alin. (3), etc.] iar în lumina opiniilor criticate aici, dispozițiile respective ar trebui de asemenea aplicate pe baza unei interpretări rezultate din raportarea lor mai întâi la dispozițiile art. 7, ceea ce ar evidenția că dispozițiile supuse raportării sunt contradictorii, cu consecința că s-ar înlătura practic conținutul expres și derogatoriu al primelor dispoziții menționate; or, în acest fel nu ar mai fi vorba de o interpretare unitară a prevederilor legii.

Interpretarea teleologică – În cazul ultimelor forme în care a fost aplicată Legea nr. 64/1995 s-a regăsit o situație aproape identică, în care printr-un articol din lege se prevedea realizarea citării în procedura propriu-zisă, la fond, potrivit prevederilor Codului de procedură civilă, de regulă în conformitate cu dispozițiile art. 85-94, dar ca excepție și prin publicitate (art. 95), iar prin alt articol din lege se prevedea expres și fără nicio distincție realizarea citării în recurs exclusiv prin publicitate (potrivit art. 95 C. proc. civ.). Legea nr. 85/2006 a preluat structura formulărilor respective (preluările din legea veche sunt, de altfel, masive).

Or, în situația învederată nu s-a pus la îndoială intenția clară a legiuitorului în sensul citării părților în recurs exclusiv prin publicitate, sau caracterul nejustificat al unei eventuale coroborări a dispozițiilor în scopul aplicării în recurs și a dispozițiilor art. 85-94; chiar dacă au existat discuții, acestea au privit cel mult criteriile avute în vedere de legiuitor în promovarea acelei reglementări, iar nu interpretarea și aplicarea dispozițiilor respective. Or, a porni de la un criteriu în măsură să conducă la o interpretare contrară celei avută în intenție de către legiuitor înseamnă să se nege alte criterii avute în vedere cu prioritate de către acesta (în primul rând **celeritatea** judecării recursului) și să se realizeze o interpretare greșită, dacă nu chiar o adăugare la lege. Faptul că un astfel de criteriu, prin argumentația lui, ar fi putut avea prioritate sau ar putea câștiga prioritatea în fața legiuitorului, în dauna celor avute în vedere pentru Legea nr. 85/2006 nu înseamnă decât că se poate ajunge la modificarea legii – *de lege ferenda*, iar nu și că *de lege lata* nu trebuie recunoscută interpretarea legii existente în mod corespunzător intenției legiuitorului.

Mai mult, excepțiile de neconstituționalitate invocate cu privire la reglementarea modalității de citare în recurs au fost, de regulă, respinse în mod constant de către Curtea constituțională, nu numai în raport cu dispozițiile în discuție din Legea nr. 64/1995 ci, deja și cu acelea din Legea nr. 85/2006, în care primele au fost preluate cu unele modificări (în Legea nr. 85/2006 se recurge de regulă la Buletinul procedurilor de insolvență și doar excepțional la Codul de procedură civilă, deosebiri care nu sunt însă în măsură să schimbe modul de interpretare a dispozițiilor respective). Sub aspectul arătat s-a reținut în general, de către Curtea constituțională că procedura insolvenței este o procedură specială, specificul ei impunând adoptarea unor reguli de procedură speciale, care derogă de la normele dreptului comun, ceea ce legiuitorul are toată libertatea să facă, potrivit art. 126 alin. (2) din Constituție; dispozițiile art. 7 alin. (1), (3) sau art. 8 alin. (3) nu sunt de natură să aducă atingere dispozițiilor constituționale privind egalitatea în drepturi, dreptul de acces liber la justiție și la un proces echitabil, dreptul la apărare (aceasta în condițiile în care publicitatea prin Buletinul procedurilor de insolvență este, în conținut, mai substanțială decât publicitatea realizată în baza dispozițiilor Codului de procedură civilă).

Prin Decizia nr. 1137 din 4 decembrie 2007 **Curtea Constituțională** a admis **excepția de neconstituționalitate** a dispozițiilor art. 7 din Legea nr. 85/2006 în sensul de a constata că acestea sunt contrare art. 24 și art. 53 din Constituție, în măsura în care se interpretează că prima comunicare a actelor de procedură către persoanele împotriva cărora se promovează o acțiune în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, ulterior deschiderii procedurii insolvenței, se realizează numai prin Buletinul procedurilor de insolvență, iar nu și potrivit dispozițiilor Codului de procedură civilă. În acest sens Curtea a observat că legea menționată instituie măsuri deosebite pentru ca părțile implicate în procedura insolvenței, respectiv debitorii și creditorii, să se bucure de o informare corectă a situației lor juridice, inclusiv prin **notificarea** potrivit regulilor de drept comun, astfel încât, ulterior deschiderii procedurii aceștia să își poată exercita **dreptul la apărare și dreptul la un proces echitabil**. Faptul că ulterior deschiderii procedurii persoanele notificate vor fi citate și li se vor comunica actele de procedură prin intermediul Buletinului procedurilor de insolvență nu poate fi privit ca aducând atingere dreptului la apărare. Autorii excepției au ridicat însă problema dacă normele speciale de procedură în discuție sunt în măsură să asigure exercitarea dreptului la apărare și dreptul la un proces echitabil și pentru acele persoane împotriva cărora se vor formula acțiuni ulterior deschiderii procedurii insolvenței și ale căror drepturi și interese vor fi supuse spre soluționare judecătorului sindic, aceasta fiind, de exemplu, situația persoanelor chemate în judecată în baza dispozițiilor art. 138 sau a terților dobânditori ai unor bunuri sau valori ale debitorului potrivit art. 79-80 din Legea nr. 85/2006. Din redactarea art. 7 alin. (1), (3) ar rezulta că aceste persoane vor fi citate prin Buletinul procedurilor de insolvență, fără nicio comunicare prealabilă a actelor de procedură potrivit Codului de procedură civilă. Aceste persoane pot avea sau nu calitatea de comerciant, astfel că nu se poate justifica obligația tuturor acestora de a urmări Buletinul procedurilor de insolvență doar pentru simplul motiv că au încheiat cândva un act juridic cu o persoană care poate fi supusă procedurii insolvenței, cerința textului fiind excesivă în acest caz și încălcarea dreptului la apărare evidentă. Se impune ca aceste persoane să beneficieze de o primă comunicare a actelor de procedură potrivit

Codului de procedură civilă, asemănător soluției consacrate pentru debitori și creditori.

Decizia la care s-a făcut referire privește dispozițiile art. 7, care au ca obiect reglementarea actelor de procedură în legătură cu procedura insolvenței derulată în primă instanță, la **tribunal** (judecătorul sindic), iar nu prevederile art. 8 alin. (3), privind citarea în recurs, din Legea nr. 85/2006. Mai mult, decizia respectivă se referă la persoanele împotriva cărora se promovează o acțiune în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, ulterior **deschiderii procedurii** insolvenței, iar nu la recursul declarat împotriva hotărârilor judecătorului sindic, chiar dacă prin acestea au fost soluționate acțiuni de genul celor menționate anterior. Prin urmare, nu este cazul să se asimileze recursul unei astfel de acțiuni. Trebuie precizat că decizia în discuție are în vedere, în același timp, orice acțiune care se promovează în condiții similare, în temeiul dispozițiilor Legii nr. 85/2006, în cadrul procedurii insolvenței, revenind spre soluționare judecătorului sindic, la acțiunile prevăzute de art. 138 și art. 79, art. 80 decizia respectivă făcând referire expresă doar în mod exemplificativ, iar nu limitativ. Oricum, o astfel de asimilare nu ar atrage decât cel mult o primă comunicare în recurs a actelor de procedură atât prin Buletinul procedurilor de insolvență cât și potrivit Codului de procedură civilă, care s-ar justifica în raport cu considerentele deciziei Curții constituționale doar pentru intimați.

În consecință, considerăm că nu se poate reține o eventuală relevanță a deciziei menționate asupra contextului analizei privind citarea în recurs.

Criteriile avute în vedere anterior și în prezent, de către legiuitor, prin reglementarea legală dată, au urmărit, ca scop, asigurarea eficienței citării și **celerității** judecății recursului în contextul în care, în mod indiscutabil, în cazul unei proceduri speciale cum este procedura insolvenței, legiuitorul este îndrituit să stabilească, în mod corespunzător specificului procedurii, nu numai un regim specific dar și diferit pentru citarea la fond față de citarea în recurs.

În opinia criticată mai sus, se susține că față de scopul citării, acela de înștiințare a persoanei vizate despre judecată, citarea și în recurs în conformitate cu prevederile Codului de procedură civilă ar fi mai individualizată/personalizată, mai eficientă și mai justificată decât prin

Buletinul procedurilor de insolvență, în ipotezele la care se referă excepțiile din art. 7, art. 19 menționate anterior. Or, scopul citării este avut în vedere, în condițiile respective, exclusiv în modul în care rezultă acesta din dreptul comun privind citarea, ceea ce pentru procedura specială a insolvenței nu este suficient.

În privința individualizării/personalizării și citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență asigură menționarea unor date suficiente de identificare a persoanei vizate; diferența dintre citarea conform dispozițiilor art. 85-94 din Codul de procedură civilă și citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență este, sub aspectul în discuție, că în primul caz citația este trimisă la adresa celui citat, în timp ce în al doilea caz cel citat are obligația legală de a obține/de a accesa buletinul procedurilor de insolvență, pentru a lua cunoștință despre citație.

Citarea efectivă la adresa domiciliului, sediului, etc., respectiv, citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență au fost considerate de către legiuitor – în cazul Legii nr. 85/2006 – deopotrivă de valabile referitor la condițiile de formă, scop sau la asigurarea celerității (deși, în principiu, citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență ar trebui să se realizeze mai simplu și mai eficient, asigurând o mai mare celeritate), mai puțin, desigur, în ceea ce privește aspectul reținut prin decizia nr. 1134 din 04.12.2007, căreia însă nu i se poate reține relevanța în ceea ce privește citarea în recurs. Judecarea cu celeritate a recursurilor formulate împotriva hotărârilor judecătorului sindic se impune deoarece prelungirea incertitudinii soluției în recurs poate influența negativ derularea procedurii propriu-zise.

Trebuie subliniat însă că, prin citarea prin Buletinul procedurilor de insolvență nu se urmărește doar aducerea la cunoștința celui citat despre proces ci și realizarea, în mod specific, a publicității referitor la procedură: publicitatea actelor de procedură în sine, precum și față de celelalte persoane care ar putea avea interes față de aceasta (părți în procedură sau nu), iar aceasta nu numai în privința procedurii propriu-zise ci și a recursului, din moment ce ambele sunt avute în mod expres de către legiuitor sub acest aspect. Funcția de realizare a publicității actelor de procedură în sine, precum și față de persoanele implicate și/sau interesate, rezultă mai mult sau mai puțin expres sau implicit din dispozițiile Legii nr. 85/2006 (art. 7 pct. 9, etc.) sau ale H.G. nr. 460/2005, astfel cum a fost modificată. Prin urmare, în cazul Legii nr. 85/2006 nu se pot

avea în vedere, în cazurile vizate de către legiuitor, doar modalitățile și scopurile citării din dreptul procesual comun (prevenirea vătămării persoanei citate prin respectarea principiului contradictorialității, a dreptului la apărare, etc.). Acestea sunt, în cazurile respective, insuficiente și, pentru a li se putea reține compatibilitatea în conformitate cu dispozițiile art. 149 din Legea nr. 85/2006, trebuie avută în vedere și aplicată dispoziția din art. 8 alin. (3) sub aspectul modalității și scopului citării, pentru a se asigura în completare și publicitatea urmărită prin Buletinul procedurilor de insolvență. Altfel, pentru asigurarea în mod integral a cerințelor legii pentru citarea în recurs, în cazul opiniei criticate anterior ar trebui să se efectueze simultan citarea atât în conformitate cu Codul de procedură civilă cât și prin publicare în Buletinul procedurilor de insolvență, ceea ce ar fi evident o complicație inutilă.

Potrivit art. 317 alin. (1) pct. 1 C. proc. civ., **hotărârile irevocabile** pot fi atacate cu **contestație în anulare** dacă procedura de citare nu a fost îndeplinită potrivit cerințelor legii.

În cazul persoanelor având calitate de părți în acțiunile privind situația juridică a unor acte ale debitorului și în acțiunile în atragerea **răspunderii membrilor organelor de conducere** ale debitorului sau având domiciliul, reședința în străinătate (și nu numai) nu trebuie uitat că în procedura derulată în fond acestea sunt citate conform dreptului comun (unele dintre ele având obligația de a indica o adresă în țară, pentru citare). Prin urmare, în raport cu procedura derulată în fond persoanele respective sunt înștiințate în legătură cu derularea acesteia în ceea ce îi privește, context în care au și obligația de a cunoaște posibilitatea atacării cu recurs a hotărârilor pronunțate în procedura respectivă. În plus, în sarcina persoanelor respective revine, în mod implicit și obligația de a se interesa și informa despre mersul procedurii, recurgând la mijlocul de informare prevăzut de legiuitor, Buletinul procedurilor de insolvență, mai ales în condițiile în care acesta se redactează și în format electronic, accesarea putându-se realiza și din străinătate. Faptul că de cele mai multe ori în ipotezele enumerate este vorba de părți persoane fizice nu prezintă relevanță, în condițiile în care în baza caracterului colectiv și unitar al procedurii, legiuitorul nu a făcut nicio distincție în sensul citării diferite în funcție de calitatea de persoană fizică sau juridică a părților. Altfel, în baza aceleiași opinii, s-ar putea

susține, de exemplu, chiar obligativitatea citării conform Codului de procedură civilă și a creditorilor din procedura insolvenței care au calitatea de persoane fizice. De altfel, dispozițiile art. 19 din H.G. nr. 460/2005 instituie în mod expres regula citării în conformitate cu Codul de procedură civilă doar cu privire la judecata acțiunilor respective (terminologia folosită implicând doar judecata în fond) iar nu și în cazul recursului formulat împotriva hotărârilor date în judecata acestora.

De asemenea, este imperativ să se asigure caracterul public iar în cadrul acestuia și transparența obligatorie pentru derularea procedurii, inclusiv a recursului aferent. Cerința în acest sens este susținută inclusiv de organisme internaționale implicate în mod substanțial în consolidarea unor reglementări eficiente pentru procedura insolvenței (cum ar fi Fondul Monetar Internațional și Banca Mondială). Respectarea acestei cerințe este necesară, pentru că atât ceilalți participanți în procedură decât cei la care se referă art. 7 alin. (2) teza I cât și orice altă parte interesată au interesul și dreptul de a cunoaște nu numai debitorii împotriva cărora este deschisă procedura insolvenței ci și membrii organelor de conducere împotriva cărora există cereri privind săvârșirea faptelor prevăzute de art. 138. În acest context, este de reținut că regula asigurării transparenței poate proteja pe ceilalți comercianți nu numai în raport cu debitorii împotriva cărora s-a deschis procedura ci și în raport cu membrii organelor de conducere ale acestora, care reprezintă în fapt debitorii persoane juridice față de terți. Or, dacă în recurs se face citarea doar conform Codului de procedură civilă, iar nu prin Buletinul procedurilor de insolvență, nu se asigură transparența pe care o dă publicitatea realizată prin acesta din urmă, contrar cerințelor legii. Faptul că pentru judecata în fond a acțiunilor la care se referă art. 19 menționat legiuitorul a înlăturat expres regula transparenței vizată prin publicitatea asigurată de Buletinul procedurilor de insolvență, nu constituie un motiv ca această regulă să nu fie respectată în recurs.

Prevederea, prin dispozițiile art. 8 alin. (3), a publicării în Buletinul procedurilor de insolvență și a citațiilor din recurs, poate fi considerată corelativă dispozițiilor art. 3 pct. 29 din Legea nr. 85/2006, în primul rând prin interpretarea acestora în sensul că au în vedere publicarea în Buletinul procedurilor de insolvență, în mod complet, nu numai a citațiilor din procedura derulată în primă instanță ci și a celor din recurs. Considerăm însă mai relevantă o altă interpretare, în sensul că dispo-

ziția din art. 3 pct. 29 are doar caracter general (regăsindu-se, de altfel, în capitolul din lege denumit „Dispoziții generale”), vizând în general procedura, iar în cuprinsul ei nu era obligatoriu să se includă și o referire privind ipoteze de excepție, cum ar fi publicarea și a citațiilor din recurs, pentru care, sub aspectul tehnicii legislative, reglementarea trebuie să fie cât mai distinctă. De altfel, în cuprinsul Legii nr. 85/2006 s-a procedat astfel de către legiuitor cu privire la reglementarea mai multor aspecte, nu doar referitor la citare.

Din cele arătate anterior rezultă că citarea se impune a fi efectuată în mod exclusiv prin Buletinul procedurilor de insolvență în cazul oricărui recurs, inclusiv în cazul celor care vizează hotărâri privind persoane cu domiciliul/sediul, reședința în străinătate sau pronunțate în acțiunile la care se referă art. 19 din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006.

Argumentele în acest sens arătate mai sus – bazate pe o analiză circumscrișă exclusiv dispozițiilor Legii nr. 85/2006 susțin, după cum s-a arătat, aplicarea regulii respective în orice recurs, inclusiv categoriei de recursuri care vizează hotărâri pronunțate de către judecătorul sindic anterior deschiderii procedurii. Totuși, în cazul acestei din urmă categorii de recursuri mai pot avea relevanță în analiză, în sensul înlăturării regulii citării prin Buletinul procedurilor de insolvență și alte norme juridice. Astfel, în mod similar dispozițiilor art. 3 pct 29 din Legea nr. 85/2006 (menționat anterior) mai pot fi avute în vedere și dispozițiile art. 1 alin. (1) lit. a) și alin. (4) din H.G. nr. 460/2005 astfel cum a fost modificată prin H.G. nr. 1881/2006, care prevăd că publicarea tuturor actelor de procedură enumerate, inclusiv a citațiilor însoțite de recursuri, în Buletinul procedurilor de insolvență se efectuează (numai) după **deschiderea procedurii**. În cadrul procedurii de ansamblu reglementată de Legea nr. 85/2006 există o perioadă care începe cu depunerea cererii introductive și în care procedura propriu-zisă nu este deschisă încă, iar în cadrul acestei perioade se pot pronunța hotărâri, care sunt supuse recursului (de exemplu, hotărârea prin care se respinge **cererea introductivă** a creditorului, evident fără a se deschide procedura). Prin urmare, față de normele menționate, în cazul acestor hotărâri, care nu intervin după deschiderea procedurii, recursul nu ar presupune realizarea citării prin Buletinul procedurilor de insolvență ci

în conformitate cu Codul de procedură civilă, potrivit art. 7 alin. (3) din Legea nr. 85/2006.

Se poate argumenta însă și în sens contrar, fie în raport cu dispozițiile art. 3 pct. 29, potrivit susținerilor arătate mai sus, fie în raport cu art. 1 alin. (1) lit. a) și alin. (4) din H.G. nr. 460/2005 astfel cum a fost modificată, în sensul că dispozițiile respective se pot raporta atât conform formulării lor exprese cât și pe cale de interpretare doar la prevederile art. 7 (care vizează numai procedura derulată la fond) iar nu și la art. 8 (care vizează în mod distinct reglementarea unor aspecte speciale, derogatorii de la dreptul comun privind recursul în materia insolvenței) din Legea nr. 85/2006.

În legătură cu acest din urmă aspect în art. 1 parag. 1 al H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2006 se menționează expres că Buletinul procedurilor de insolvență se înființează în conformitate cu art. 11 alin. (2) din Legea nr. 149/2004 precum și cu alte acte normative cu incidență asupra procedurii insolvenței și cu prevederile art. 7 din Legea nr. 85/2006, în scopul publicării actelor de procedură avute în vedere. În mod evident, intenția legiuitorului a fost să omită cu bună știință o eventuală trimitere și la art. 8 sau la altele din cuprinsul părții speciale a Legii nr. 85/2006, care au caracter distinct/special, față de art. 7 alin. (1), (3) din aceeași lege.

În același sens, pe cale de interpretare, mai poate fi avut în vedere:

- că dispozițiile art. 1 alin. (1) lit a) și alin. (4) din H.G. nr. 460/2005 astfel cum a fost modificată, deși sunt aplicabile în procedura insolvenței, nu sunt în măsură să modifice dispozițiile din Legea nr. 85/2006 referitoare la citare. Aceasta nu numai în raport cu ierarhizarea după importanță a actelor normative (schimbarea sensului aplicării dispozițiilor unei legi printr-un act normativ inferior, H.G., este de neconceput fără abandonarea rigorii juridice referitoare la tehnica legislativă; este adevărat că în ultima perioadă se insistă în această abandonare – în raport chiar cu reglementarea insolvenței, în același sens fiind și Ordinul nr. 1186/2006 al M.F.P., între timp abrogat, dar insistarea într-o greșeală nu favorizează decât confuzia în ceea ce privește aplicarea legii) dar și în funcție de obiectul de reglementare diferit al dispozițiilor din cele două acte normative în discuție: astfel, în timp ce dispozițiile la care s-a făcut referire în context, din Legea nr. 85/2006, stabilesc regulile și excepțiile privitor la citare, făcând trimitere sub acest aspect

la Buletinul procedurilor de insolvență sau la Codul de procedură civilă, prevederile din H.G. nr. 460/2005 modificată prin H.G. nr. 1881/2007 reglementează chiar modalitatea de publicare a actelor de procedură în respectivul buletin, adică obiectul de reglementare al acestui act normativ începe acolo unde se termină cel al dispozițiilor din Legea nr. 85/2006. (În acest context este de reținut că prevederile art. 19 din hotărârea de guvern în discuție nu fac corp comun cu restul actului normativ, constituind prin obiectul ei o prevedere de natură celor din Legea nr. 85/2006. Este evident că legiuitorul, sesizând lipsa în legea abia intrată în vigoare a unor dispoziții exprese privind citarea, s-a grăbit să utilizeze într-un mod mai puțin ortodox hotărârea de guvern respectivă.). Constituind dreptul comun în materia constituirii Buletinului procedurilor de insolvență, hotărârea de guvern în discuție se poate raporta doar la dispozițiile având același caracter din Legea nr. 85/2006, aplicându-se în procedură la fond – de aceea s-a și precizat în parag. 1 din art. 1 al aceleiași hotărâri, constituirea buletinului doar în raport cu art. 7 iar nu și cu art. 8 din Legea nr. 85/2006 sau și cu alte dispoziții, la fel de distincte și/sau speciale, din partea specială a legii – iar art. 8 rămâne distinct și față de acestea; în principiu dacă dispozițiile dintr-un act normativ inferior sunt contrare celor dintr-un act normativ ierarhic superior (cum pot fi apreciate dispozițiile art. 1 alin. (1) lit. a) și alin. (4) referitoare la „citații însoțite de recursuri”, precum și altele, în raport cu art. 8 – posibil a fi rezultat și în urma necoroborării H.G. cu Legea nr. 85/2006), atunci trebuie aplicate acestea din urmă. La data intrării în vigoare a Legii nr. 85/2006, H.G. nr. 460/2005 nu prevedea comunicarea citațiilor însoțite și de recursuri, completarea în acest sens intervenind prin H.G. nr. 1881/2006, dar dispoziția respectivă este contrară art. 8 alin. (3) din Legea nr. 85/2006, cu consecința aplicării acestui din urmă articol.

Referitor la cele de mai sus avem în vedere drept „și alte dispoziții” din Legea nr. 85/2006 derogatorii de la art. 7, de exemplu cele din art. 61 alin. (3) conform cărora **notificarea** se realizează nu numai conform Codului de procedură civilă, cum prevede art. 7 alin. (3) dar și prin Buletinul procedurilor de insolvență și un ziar de largă circulație. Dacă art. 61 alin. (3) ar trebui coroborat cu art. 7 alin. (3) fără a i se

reține caracterul distinct/special, practic nu ar mai trebui aplicat, fiind suficient art. 7 alin. (3).

Dincolo de confuziile legiuitorului sub aspectul reglementării în concret a aspectelor în discuție considerăm că o concluzie cu privire la acestea din urmă poate fi dată și de măsura în care se apreciază prioritară intenția legiuitorului, fie în sensul judecării cu prioritate a oricărui recurs în materie – caz în care citarea se va face în toate recursurile prin Buletinului procedurilor de insolvență, fie în sensul instituirii Buletinului procedurilor de insolvență numai pentru actele de procedură care intervin începând cu hotărârea de deschidere a procedurii. În funcție de aceasta, vom avea doar o categorie de recursuri, în care citarea se face exclusiv prin Buletinului procedurilor de insolvență, sau două categorii – cele privind hotărâri pronunțate începând cu deschiderea procedurii propriu-zise, în care citarea se face exclusiv prin Buletinul procedurilor de insolvență și cele privind hotărârile pronunțate înainte de deschiderea procedurii propriu-zise, indiferent de celelalte excepții prevăzute la art. 7 din Legea nr. 85/2006 sau art. 19 din nr. H.G. nr. 460/2005 (excepțiile respective privind doar derularea procedurii la fond).

Considerăm că în cuprinsul Legii nr. 85/2006 regula derulării cu **celeritate** nu numai a procedurii la fond dar și a judecării recursurilor a fost apreciată în mod prioritar de către legiuitor, fiind mai importantă în materia insolvenței decât aspectele privind întinderea utilizării Buletinului procedurilor de insolvență ca mijloc specific de publicitate a actelor de procedură.

Este de precizat că prin procedura propriu-zisă am avut în vedere întreaga procedură derulată ulterior hotărârii de deschidere, nu numai până la închiderea procedurii de reorganizare sau a falimentului ci și cu privire la eventuala desfășurare a judecării cererilor formulate în temeiul art. 138 și următoarele după închiderea acestor modalități ale procedurii de ansamblu.

Secțiunea a 8-a. Suspendarea executării hotărârilor judecătorului sindic

În dreptul comun recursul poate atrage **suspendarea executării** hotărârii fie de drept – pentru cazurile limitativ enumerate de art. 300 alin. (1) C. proc. civ., fie la cerere, în celelalte cazuri, potrivit art. 300 alin. (2) și (3) C. proc. civ.

Legea nr. 85/2006 prevede în mod expres caracterul definitiv și executoriu al hotărârilor judecătorului sindic, în scopul asigurării derulării cu celeritate a procedurii în materie. În același scop legiuitorul a prevăzut expres prin dispozițiile art. 8 alin. (4) din Legea nr. 85/2006 regula în sensul că în mod derogatoriu de la dispozițiile art 300 alin. (2) și (3) din Codul de procedură civilă, cu modificările și completările ulterioare, „hotărârile judecătorului sindic nu vor putea fi suspendate de către instanța de recurs”, formulare prin care, indiscutabil, legiuitorul a avut în vedere nesuspendarea executării hotărârilor iar nu a hotărârilor în sine.

Totuși, ca excepție de la regula menționată, dispozițiile art. 8 alin. (5) din Legea nr. 85/2006 prevăd posibilitatea suspendării executării la cerere, dacă aceasta se dovedește a fi întemeiată și legală, în următoarele cazuri, exprese și limitativ enumerate, în care judecarea recursului privește următoarele hotărâri:

a) sentința de respingere a contestației debitorului, introdusă împotriva cererii introductive a creditorului, în temeiul art. 33 alin. (2); nu este vorba în acest caz de hotărârea prin care se admite cererea introductivă a creditorului ci doar de aceea prin care se respinge (și) contestația debitorului.

b) sentința prin care se decide intrarea în procedura simplificată;

c) sentința prin care se decide intrarea în faliment, pronunțată în condițiile art. 107;

d) sentința de soluționare a contestațiilor la planul de distribuire a fondurilor obținute din lichidare și din încasarea de creanțe, introduse în temeiul art. 122 alin. (3);

Pentru aceste cazuri de excepție suspendarea executării se poate realiza astfel:

Potrivit dispozițiilor art. 403 alin. (4), la care face trimitere art. 300 alin. (3) C. proc. civ. în vederea aplicării corespunzătoare, în cazurile urgente, se poate cere, iar președintele instanței de recurs poate dispune suspendarea provizorie a executării până la soluționarea de către instanța de recurs (completul de judecată investit) a cererii de suspendare a executării hotărârii până la soluționarea recursului. Plata **cauțiunii** este o condiție legală obligatorie. Cauțiunea care trebuie depusă este în cuantum de 10 % din valoarea obiectului cererii sau de 5 milioane lei (RON) pentru cererile neevaluabile în bani și este deductibilă din cauțiunea stabilită de instanță pentru cealaltă cerere de suspendare (dacă va fi formulată). Suspendarea provizorie a executării se soluționează, fără citarea părților, prin încheiere, care nu este supusă nici unei căi de atac.

Față de forma anterioară a textului art. 403 alin. (4) C. proc. civ., în cuprinsul acestuia nu se mai prevede în prezent formularea cererii de suspendare provizorie a executării pe calea **ordonanței președințiale**. În practica judiciară s-a acceptat, însă, formularea cererii respective și pe cale de ordonanță președințială, caz în care trebuie să se urmărească îndeplinirea în mod cumulativ și a condițiilor de admisibilitate prevăzute de art. 581 C. proc. civ. (urgența, neprejudicarea fondului, vremenicia), fără a se reține a fi aplicabilă și calea de atac prevăzută legal pentru hotărârea pronunțată pe cale de ordonanță președințială.

Pe de altă parte, potrivit art. 300 alin. (2) și (3) care face trimitere la art. 403 alin. (3) C. proc. civ. în vederea aplicării corespunzătoare, odată cu recursul se poate cere suspendarea executării până la soluționarea acestuia, cerere pentru care, de asemenea, legea prevede plata unei cauțiuni, în cuantumul ce se va stabili de către instanță, potrivit art. 723¹ alin. (2) C. proc. civ. Soluționarea acestei cereri revine instanței de recurs, deci completului compus din trei judecători și se face prin încheiere.

În conformitate cu prevederile art. 300 alin. (5) C. proc. civ., instanța poate reveni asupra suspendării acordate, pentru motive temeinice, aplicând, sub aspect procedural, dispozițiile art. 300 alin. (3) C. proc. civ., în mod corespunzător.

De remarcat că dispozițiile art. 8 alin. (7) din Legea nr. 85/2006, care prevăd posibilitatea judecătorului sindic de a nu dispune suspen-

darea cauzei în situația în care dispozițiile a căror neconstituționalitate se invocă și care au făcut obiectul cel puțin al unei decizii pronunțate de Curtea Constituțională în sensul constituționalității lor, nu sunt aplicabile și instanței de recurs în ceea ce privește judecata recursului, menționarea lor în cuprinsul art. 8 din lege nefăcându-se sub aspectul unei legături cu reglementarea recursului în materia insolvenței ci doar în contextul secțiunii privind instanțele judecătorești, deși ar fi fost, evident, mai potrivit să se regăsească în secțiunea referitoare la judecătorul sindic.

Secțiunea a 9-a Motivele de recurs

A. În conformitate cu dispozițiile art. 304 C. proc. civ. modificarea sau **casarea** hotărârii judecătorului sindic se poate cere în următoarele situații, numai pentru motive de nelegalitate:

1. când instanța nu a fost alcătuită potrivit dispozițiilor legale.

Se are în vedere în acest caz nerespectarea dispozițiilor legale privind compunerea și constituirea instanței de judecată, de exemplu, atunci când completul de judecată a fost compus dintr-un număr diferit de judecători decât acela prevăzut legal pentru judecata cauzei respective sau când în compunerea completului de judecată nu a intrat judecătorul sindic.

În practica și doctrina judiciară s-a exprimat și opinia în sensul că, în ipoteza în care nu judecătorul sindic a pronunțat hotărârea recurată, în cadrul procedurii, ar interveni cazul de casare prevăzut de art. 304 pct. 3 C. proc. civ. Nu subscriem cu privire la această opinie, considerând că, în ipoteza respectivă, în raport cu art. 6 din Legea nr. 84/2006, nu se pune problema că altă instanță decât tribunalul ar putea fi competentă și nici că tribunalul și, pe de altă parte, judecătorul sindic ar constitui fiecare o instanță distinctă, judecătorul sindic fiind doar un judecător specific și specializat, prevăzut legal să compună completul de judecată în cadrul tribunalului – instanța competentă cu privire la derularea procedurii insolvenței în primă instanță.

Dacă se dovedește că judecătorul care a pronunțat hotărâre recurată nu a fost judecătorul sindic, hotărârea se va casa, cu trimiterea cauzei spre **rejudecare** judecătorului sindic de la tribunalul competent.

2. când hotărârea a fost dată de alt judecător decât cel care a luat parte la dezbaterea fondului.

Cazul constituie o concretizare a **principiului continuității instanței** iar în procedura insolvenței o astfel de situație este mai puțin probabilă dar nu imposibilă.

3. când hotărârea s-a dat cu încălcarea competenței altei instanțe.

Este vorba nu numai de competența jurisdicțională (materială și teritorială) ci și de competența generală.

Un astfel de caz intervine, de exemplu, în situația în care un tribunal dispune deschiderea procedurii, deși mai înainte de pronunțarea hotărârii în acest sens debitorul își mutase în mod legal sediul în raza de competență a altui tribunal.

4. când instanța a depășit atribuțiile puterii judecătorești.

În acest caz soluționarea cererii deduse judecății nu era, în mod legal, de competența instanțelor judecătorești. De exemplu, pronunțarea asupra unei excepții de neconstituționalitate.

5. când prin hotărârea dată, instanța a încălcat formele de procedură prevăzute sub sancțiunea nulității de art. 105 alin. (2) C. proc. civ.

În acest caz este vorba, în primul rând, de actele de procedură îndeplinite de un judecător necompetent și, de asemenea, de actele de procedură îndeplinite cu neobservarea formelor legale sau de un funcționar necompetent, actele respective declarându-se nule numai dacă prin aceasta s-a pricinuit părții o vătămare care nu se poate înlătura decât prin anularea lor. În cazul nulităților prevăzute anume de lege (de exemplu, art. 100 pct. 3 C. proc. civ.) vătămarea se presupune până la dovada contrarie.

6. dacă instanța a acordat mai mult decât s-a cerut, ori ceea ce nu s-a cerut.

Instanța trebuie să se pronunțe în limita celor cu privire la care a fost sesizată, respectând **principiul disponibilității părților**.

7. când hotărârea nu cuprinde motivele pe care se sprijină sau când cuprinde motive contradictorii ori străine de natura pricinii.

Dispozițiile art. 261 alin. (1) C. proc. civ. prevăd obligația menționării în cuprinsul hotărârii a motivelor de fapt și de drept care au format convingerea instanței sau au condus la înlăturarea cererilor părților. Cazul are în vedere lipsa totală a considerentelor sau, pe de altă parte, considerentele contradictorii, în sensul că din unele rezultă temeinicia cererii, iar din altele netemeinicia acesteia.

8. când instanța, interpretând greșit actul juridic dedus judecății, a schimbat natura sau înțelesul lămurit și vădit neîndoielnic al acestuia.

Acest motiv de recurs vizează situația în care, deși rezulta fără dubiu natura juridică a actului dedus judecății ori înțelesul acesteia, judecătorul sindic a reținut un cu totul alt act juridic sau conținut al acestuia.

De exemplu, instanța a judecat un contract de vânzare-cumpărare ca un contract de locațiune.

9. când hotărârea pronunțată este lipsită de temei legal ori a fost dată cu încălcarea sau aplicarea greșită a legii.

Este vorba, în primul rând, de încălcarea dreptului substanțial și, în mod excepțional și de nesocotirea dreptului procesual.

B. Potrivit legii, hotărârile judecătorului sindic nu pot fi atacate cu apel, astfel că, în baza art. 304¹ C. proc. civ., recursurile declarate împotriva acestor hotărâri nu sunt limitate la motivele de casare prevăzute în art. 304 și, implicit, la motivele de ordine publică, în general, instanța putând să examineze cauza sub toate aspectele. În acest sens, se vorbește chiar de un „caracter devolutiv” al recursului, opiniile exprimate în acest context fiind majoritare în sensul că se poate analiza cauza sub toate aspectele în măsura în care acestea sunt invocate sub forma motivelor de recurs de către recurent, iar nu în sensul opus,

referitor la faptul că instanța este obligată să analizeze cauza sub toate aspectele indiferent de conținutul motivelor de recurs, cu sau fără invocarea art. 304¹ de către recurent.

În conformitate cu dispozițiile art. 301 și 303 C. proc. civ. declararea în sine a recursului după împlinirea termenului de recurs, respectiv nemotivarea (cu excepția motivelor de ordine publică, care pot fi invocate și de instanță, din oficiu, caz în care trebuie puse în discuția părților) sau motivarea tardivă a acestuia după împlinirea termenului de recurs atrag respingerea recursului ca tardiv declarat, respectiv, constatarea nulității acestuia.

Singurele probe noi, pe lângă cele administrate în primă instanță, admisibile în recursul propriu-zis sunt înscrisurile.

Pentru nedepunerea întâmpinării de către intimat nu se prevede vreo sancțiune dar în cazul în care se formulează întâmpinare, aceasta trebuie depusă cu cel puțin 5 zile înainte de termenul de judecată.

Secțiunea a 10-a. Soluțiile judecării în recurs și efectele casării

Instanța de recurs poate admite recursul, îl poate respinge sau anula ori poate constata **perimarea** lui.

Modificarea sau casarea pot fi dispuse în tot sau în parte, prin raportare la dispozițiile sentinței recurate, în măsura în care motivele de recurs au fost sau nu găsite întemeiate față de acestea.

Motivele prevăzute de art. 304 pct. 1, 2, 3, 4, 5 atrag casarea, ca și cazurile în care prima instanță a soluționat procesul fără a intra în cercetarea fondului sau modificarea hotărârii nu este posibilă fiind necesară administrarea de probe noi. Modificarea hotărârii recurate se pronunță pentru motivele prevăzute de art. 304 pct. 6, 7, 8, 9. În cazul în care sunt găsite întemeiate atât motive care atrag modificarea cât și motive care atrag casarea, instanța de recurs trebuie să caseze în întregime hotărârea, pentru asigurarea unei judecări unitare.

Modificarea implică o rejudecare pe fond în mod intrinsec a cauzei. În caz de casare, instanța de recurs rejudecă în fond cauza, fie la terme-

nul când s-a admis recursul-situație în care se pronunță o singură decizie, fie la un alt termen stabilit în acest scop. Stabilirea unui alt termen pentru rejudecarea cauzei în fond tot la instanța de recurs, poate fi justificată mai puțin de lipsa timpului cât de necesitatea administrării unor probe noi, în acest caz nemaifiind incidentă limitarea privind administrarea doar de înscrisuri. În practica judiciară administrarea la instanța de recurs a probelor admisibile în cazul judecării în primă instanță se dovedește a fi mai puțin adecvată, față de specificul legii speciale în materie și, în plus, dintre motivele de casare mai des întâlnit este doar cel prevăzut de art. 304 pct. 5, astfel că instanțele de recurs se află foarte rar în situația de a casa cu reținere pentru rejudecare în fond la un alt termen. Prin urmare, sunt mai frecvente cazurile de casare cu trimitere pentru rejudecare la instanța a cărei hotărâre s-a casat, în temeiul art. 312 alin. (5) C. proc. civ., potrivit căruia în cazul în care tribunalul a judecat procesul fără a intra în cercetarea fondului ori în lipsa părții care nu a fost legal citată, instanța de recurs, după casare, trimite cauza spre rejudecare instanței care a pronunțat hotărârea casată.

În condițiile în care, conform reglementării exprese din legea specială, judecata cauzei în primă instanță presupune nu numai judecata pe fondul litigiilor dar și cu privire la diversele acte de procedură intrinseci, care țin de esența procedurii în sine (fără a se confunda cu actele privind procedura de citare), există tendința (credem că justificată) de a se interpreta și aplica dispozițiile art. 312 alin. (5) C. proc. civ. în sensul că se impune casarea cu trimiterea spre rejudecare la prima instanță, nu numai în cazul necitării corespunzătoare la judecata în fond sau al neintrării în cercetarea fondului litigiului, dar și în cazul în care tribunalul nu a îndeplinit corespunzător actele de procedură intrinseci procedurii insolvenței, în ordinea și conținutul reglementate de legea specială, deoarece în cazul reglementării legale a unei proceduri actele de procedură prevăzute cu caracter specific, constituie chiar fondul acelei proceduri și, prin urmare, nu se poate aprecia că s-ar fi intrat altfel decât greșit în cercetarea fondului de către prima instanță. De exemplu, în cazul necomunicării către creditori și debitori a copiei raportului final conform art. 129 alin. (1), neefectuarea actului procedural respectiv este în măsură să înlăture posibilitatea legală pe care părțile menționate o au în sensul de a formula obiecțiuni la raportul

final. Dacă reține o astfel de situație instanța de recurs este îndrituită să considere că procedura nu s-a derulat în mod legal la tribunal, referitor la aspectele menționate și, pentru a remedia vătămarea produsă părților, să caseze hotărârea recurată, cu trimiterea cauzei la prima instanță pentru reluarea procedurii cu respectarea prescripțiilor legale începând cu actul reținut a fi fost efectuat inițial în mod necorespunzător. Aceasta, bineînțeles, în limita posibilă a obiectului recursului, fără vreo extindere și la acte anterioare din procedură cu privire la care există **autoritate de lucru judecat** în mod irevocabil. Soluția menționată este necesară și pentru că în raport cu prevederile art. 6 din lege, toate procedurile prevăzute de Legea nr. 85/2006 sunt de competența tribunalului, exercitându-se de către judecătorul sindic, astfel că greșita lor realizare în primă instanță nu poate fi remediată decât de către această instanță, căreia nu i se poate substitui instanța de recurs abilitată sub aspectul competenței doar în legătură cu controlul judiciar iar nu cu efectuarea în sine a procedurilor sau a unor acte din cadrul acestea.

Trebuie menționat că instanța de recurs nu se substituie tribunalului în sensul efectuării unor acte de procedură nici atunci când hotărârea recurată se referă la o judecată propriu-zisă. De exemplu, în cazul hotărârii prin care judecătorul sindic a soluționat **cererea introductivă** vizând deschiderea procedurii, în sensul respingerii acesteia, instanța de recurs va modifica această hotărâre dacă va constata că ea este rezultatul unei aprecieri a probelor în sens greșit, dispunând admiterea cererii introductive și deschiderea procedurii; în ceea ce privește măsurile de ordin procedural aferente deschiderii procedurii (stabilirea termenelor de declarare a creanțelor, desemnarea administratorului judiciar; etc.), instanța de recurs va trimite dosarul cauzei primei instanțe, pentru dispunerea acestora, deoarece în competența acesteia revine continuarea procedurii în legătură și cu măsurile în discuție. Dimpotrivă, în cazul în care instanța de recurs va constata că prin hotărârea recurată s-a deschis procedura dar fără a se fi comunicat debitorului cererea introductivă, înlăturându-se posibilitatea legală a formulării **contestației** de către debitor, hotărârea atacată va fi casată cu trimiterea cauzei primei instanțe pentru reluarea procedurii începând cu actul de comunicare a cererii introductive către debitor.

Anularea unui **act de procedură** – iar hotărârea judecătorului sindic constituie un astfel de act, atrage și nulitatea actelor următoare, în măsura în care acestea nu pot avea o existență de sine stătătoare [art. 106 alin. (1) C. proc. civ.]

Hotărârea casată nu are nicio putere iar actele de executare făcute în puterea unei asemenea hotărâri sunt desființate de drept, dacă instanța de recurs nu dispune altfel [art. 311 C. proc. civ.]

Prin urmare dispozițiile din hotărârea atacată, la care se referă casarea sau modificarea sunt înlăturate, iar toate actele efectuate ulterior în procedura insolvenței sunt desființate dacă nu au o existență de sine stătătoare.

Pentru înțelegerea în mod practic a efectelor juridice menționate considerăm utilă redarea, în rezumat, a următoarei spețe:

În cauza având ca obiect procedura insolvenței derulată împotriva unui debitor societate comercială, administratorul judiciar a solicitat judecătorului sindic să dispună **închiderea procedurii** în temeiul art. 132 din Legea nr. 85/2006, ca urmare a plății în întregime a obligațiilor debitorului cu sumele obținute în urma vânzării unor bunuri ale acestuia (într-un quantum mai mare decât valoarea obligațiilor față de creditorii) și, de asemenea, să dispună plata **onorariului** administratorului judiciar, în sumă de circa 4,6 miliarde ROL prin aprobarea unui procent de 6% din valoarea bunurilor vândute. Prin sentința pronunțată judecătorul sindic a admis cererea administratorului judiciar astfel cum a fost formulată. Între recursurile declarate împotriva acestei sentințe s-a numărat și acela prin care s-a solicitat casarea hotărârii atacate și respingerea cererii administratorului judiciar de stabilire a onorariului sau micșorarea acestuia din urmă în funcție de onorariul stabilit inițial în procedură. În motivarea recursului s-a arătat că după pronunțarea sentinței privind deschiderea procedurii în cauză, și împotriva acestei sentințe s-a declarat recurs, care a fost admis, dispunându-se casarea sentinței respective. S-a mai arătat în motivarea recursului că în mod greșit s-a admis administratorului judiciar un onorariu în sumă de 4,6 miliarde ROL, în procent calculat din valoarea bunurilor vândute, deoarece pentru activitatea efectiv desfășurată de acesta era justificat cel mult onorariul astfel cum a fost stabilit prin hotărârea de deschidere a procedurii.

Referitor la recursul declarat împotriva sentinței de închidere a procedurii instanța sesizată a reținut următoarele:

Prin sentința de deschidere a procedurii, pentru administratorul desemnat în cauză s-a stabilit o retribuție lunară în sumă de 10 milioane ROL. Anterior deschiderii procedurii, printr-o hotărâre a Adunării generale extraordinare a acționarilor debitorului s-a hotărât vânzarea de către aceasta a unui teren din patrimoniul său, încheindu-se și un ante-contract de vânzare-cumpărare, astfel că după deschiderea procedurii a intervenit doar încheierea contractului de vânzare-cumpărare referitor la activul respectiv. Din prețul obținut s-au plătit în primele trei luni de procedură creanțele reținute împotriva debitorului în tabelul definitiv al obligațiilor întocmit în cauză.

Între timp, după declararea recursului împotriva sentinței de închidere a procedurii, recursul declarat anterior împotriva sentinței de deschidere a procedurii a fost admis, casându-se hotărârea atacată cu trimiterea cauzei pentru rejudicare. La rejudicarea cauzei, într-un dosar distinct, de către un alt judecător sindic, s-a luat act de renunțarea creditorului titular al cererii introductive la judecată și s-a respins cererea introductivă ca rămasă fără obiect.

Procedura insolvenței constituie o succesiune complexă de activități și acte de procedură. În raport cu prevederile art. 149 din Legea nr. 85/2006, dispozițiile acestei legi se completează doar în măsura compatibilității lor cu cele ale Codului de procedură civilă. În procedura desfășurată în speță sentințele de deschidere, respectiv, de închidere a procedurii sunt succesive. În determinarea efectelor casării primei sentințe asupra celeilalte instanța de recurs a apreciat că este justificată aplicarea în mod adecvat, în măsura compatibilității, a dispozițiilor art. 106 alin. (1) C. proc. civ., în sensul că anularea unui act de procedură atrage nulitatea actelor următoare, în măsura în care acestea nu pot avea o existență de sine stătătoare. În raport cu formularea prevederilor art. 106 alin. (1) se impune ca actele de procedură să fie analizate individual. Ca urmare a casării sentinței de deschidere a procedurii, dispozițiile din cuprinsul acesteia referitoare la deschiderea procedurii sunt nule și, în consecință, sunt nule și dispozițiile intervenite ulterior în baza acestora, referitoare la continuarea, respectiv, închiderea procedurii, deci inclusiv dispozițiile sentinței de închidere a procedurii recurate în speță, strict referitoare la închiderea procedurii, ceea ce atrage casarea cu privire la

acestea. În raport cu dispozițiile art. 312 alin. (3), (4) C. proc. civ. și din moment ce nu se mai poate reține că mai există dispoziții privind deschiderea procedurii, nu se mai justifică nici dispozițiile privind închiderea acesteia, astfel că instanța trebuie să decidă înlăturarea lor.

În ceea ce privește rejudecarea, de către instanța de recurs, a cererii de stabilire a retribuției administratorului judiciar, trebuie făcute distincții necesare. Actele de procedură următoare celui anulat nu sunt nule și ele dacă pot avea o existență de sine stătătoare. Altfel în speță ar trebui reținute ca fiind nule și vânzarea terenului de către debitor precum și **plata creanțelor**, în condițiile în care acestea s-au efectuat după deschiderea procedurii. Or, actele respective și-au produs deja efectele în cadrul procedurii din moment ce inclusiv la rejudecarea cererii introductive creditorii nu au mai depus declarații de creanțe iar titularul cererii introductive a renunțat la judecată. Adăugând la aceasta și scopul asigurării stabilității circuitului civil se poate aprecia, prin urmare, că cel puțin în cadrul procedurii în cauză aceste acte au avut o existență de sine stătătoare.

În mod similar, trebuie avut în vedere și aspectul retribuirii administratorului judiciar. Dispozițiile din sentința de deschidere a procedurii, privind desemnarea administratorului judiciar și stabilirea retribuției acestuia și-au produs deja efectele în cadrul procedurii derulate, anterior intervenirii deciziei de casare a acestei decizii. În acest sens, trebuie să se rețină că, în mod definitiv, retribuirea administratorului judiciar se cuvine deja pentru activitatea prestată de acesta. În măsura în care a fost deja efectuată activitatea respectivă de către administrator și retribuirea corelativă capătă o existență de sine stătătoare în cadrul procedurii, iar momentul plății efective nu prezintă importanță. În acest context este relevantă și natura juridică a calității pe care o deține administratorul judiciar în cadrul procedurii, ca organ de aplicare a acesteia, diferită de aceea de parte în cauză. În raport cu acest aspect retribuirea se cuvine administratorului pentru activitatea efectuată, în mod asemănător situațiilor din procedura de judecată de drept comun, în care după casarea cu rejudecare se acordă **cheltuielile de judecată** reprezentând **onorariu** de avocat efectuate și în primul ciclu procesual sau în care, indiferent de intervenirea casării, expertului care a întocmit raportul de **expertiză** i se achită onorariul stabilit. În mod obiectiv,

administratorul judiciar a devenit un creditor al debitorului în cadrul procedurii, pentru retribuția cuvenită și este justificată asigurarea protecției necesare în sensul plății acesteia. Pe de altă parte administratorul a solicitat mai apoi să îi fie stabilit un onorariu de succes în cotă procentuală din prețul realizat prin vânzarea terenului debitorului. Înscrisurile la dosar nu probează însă contribuția administratorului judiciar la realizarea vânzării și, în raport cu casările intervenite, nu se poate reține nici în general că procedura derulată în cauză ar fi fost un succes, cel puțin nu din punct de vedere judiciar, iar acest aspect este încă de esența procedurii insolvenței. În mod echitabil, pentru activitățile derulate în procedură, retribuția stabilită prin hotărârea de deschidere a procedurii este corespunzătoare, iar efectele dispozițiilor în acest sens s-au produs deja, pe măsura prestării activității, astfel că, în raport cu cele trei luni cât s-a derulat procedura în cauză după deschidere, administratorului i se cuvine o retribuție în sumă de 30 milioane ROL.

Față de considerentele menționate, Curtea a admis recursul în discuție, a casat sentința atacată și rejudecând, a înlăturat dispozițiile privind închiderea procedurii și, totodată, a admis în parte cererea administratorului judiciar privind plata retribuției, în limita sumei de 30 milioane ROL.

Hotărârea dată în recurs (decizia) este irevocabilă și nu se comunică părților. Declararea unui nou recurs este inadmisibilă, dar există posibilitatea formulării celorlalte căi extraordinare de atac, contestația în anulare și revizuirea, în condițiile legii.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

Index alfabetic*)

Abținere 90, 108, 116

abuz de drept 237

act - de procedură 33, 88, 155,
224, 256, 320

- de renunțare 218, 321.

- constitutiv 42, 44, 49

- fraudulos 80

activitate curentă 21, 204

acțiune în anulare 97, 130,
139, 182, 235, 283

acțiunea în

despăgubiri 254, 264

acțiune

revocatorie - pauliană 200

acțiune

oblică - subrogatorie 202

administratorul - judiciar 59,
64, 82, 110, 113, 202

- special 36, 143

administrarea

procedurii 102

administrație fiscală 119

adunarea creditorilor 12, 18,
76, 95

amendă judiciară 120, 132

autoritate de lucru judecat 32,
75, 319

Buletinul procedurilor de
insolvență 84, 98, 158, 171,
298

bună-credință 4, 162, 201,
242, 229

Calitatea procesuală 84, 94,
95, 105, 162, 219, 239, 283

camera de consiliu 70, 132

caracterul unitar 10

- colectiv 10, 162

- concursual
(concurențial) 10

- echitabil 11

- prioritar 11

- predictibil 12

- transparent 12

casare 63, 90, 132, 133, 280,
314,

cauțiune 281, 313

cererea-introductivă 15, 64,
113, 308, 319

- de reexaminare 136, 138

*) Cifrele fac trimitere la numărul de pagină unde se regăsește termenul respectiv.

cheltuieli aferente procedurii

18, 24, 28, 93, 242, 255

citarea părților 136, 157, 161

Codul comercial 6, 39, 57, 72

comitetul creditorilor 18, 93,

101, 214, 259

compensarea 190, 267

competență 57, 64, 69, 110,

211, 287, 315

concordat 4

conflict de competență 57

conflict de interese 107, 111,

116, 146

contestație 74, 75, 107, 162,

271, 306, 319

contract de credit 208

contract de închiriere 242

contract de concesiune 243

contractul de comision 268

contractul de muncă 245

Convenția pentru apărarea

drepturilor omului și a

libertăților fundamentale 86

convocarea 20, 96, 145

creditorii - garanți 11, 94,

107, 263

- chirografari 11, 95, 111,

179, 188, 202, 262.

Curtea Constituțională 176,

303

Decăderea 31, 221

declarație de creanță 9, 15, 18,

201, 230, 248, 257, 266,

273.

declinare 88, 90, 245.

deschiderea procedurii 30, 38,

40, 51, 66, 89, 95, 168, 237,

270, 283, 308

distribuirea pierderilor 12

dizolvare 28, 41, 90, 275

dreptul comun 2, 41, 46, 64,

71, 110, 159, 172, 222, 264,

291, 298

dreptul la

apărare 86, 158, 303

dreptul de opțiune 76

dreptul de retenție 261

Excepțiile de neconsti-

tuționalitate 68, 222, 303

executarea - silită 10, 17, 48,

71, 75, 256, 277, 289

- creanțelor 75

expertiză 70, 111, 129, 238,

322

Falimentul 6, 26

- fraudulos 5, 6

fondul de lichidare 19, 72

Grupul de interes

economic 43, 191

Incapabilul 47

incompatibilitate 47, 70, 90,

115, 263, 295

infamia 13

infrațiuni 79, 116

interese contradictorii 94, 153,

218

interpretarea

literal/gramaticală 300

teleologică 301

Încetare de plăți 4, 7, 241

încheiere executorie 175, 178

închiderea procedurii 15, 125,
155, 320

închisoarea datornicilor 5

Judecător sindic 6, 14, 55, 67,
72, 211, 279

Legitimarea procesuală 106,
112, 153, 212, 215

lichidare 1, 58, 140, 275

lichidator. 59, 82, 138, 202

Masa creditorilor 15, 180

- pasivului 51

minor 47

moratoriul 15

motivarea recursului 284

Nedemnităte 114

netting 190, 267

notificare 98, 144, 303, 311

nulitate 39, 57, 97, 294, 315

Ofertă de servicii 76

opoziție 29, 74, 170, 218

onorariu 22, 77, 111, 140, 320

ordine de preferință 11, 180,
203, 255

ordonanței

președințiale 285, 313

Perioada - de observație 20,
95, 124, 142, 147, 205, 346,
259

- suspectă 179, 194, 206

perimare 317

persoane de

specialitate 70, 129

planul - confirmat 209, 247

- de distribuire 25, 90, 256

- de reorganizare 30, 58, 80,
105, 146

plata creanțelor 7, 17, 81, 101,
322

practicianului în insolvență 12,
17, 70, 88, 110, 181

prejudiciu 2, 108, 117, 134,
172

prescripție extinctivă 48, 221

prezumția de fraudă 186, 196,
232, 236

principiul - disponibilității 10,
161, 230, 316

- celerității 13, 14, 217,
249, 311

- unității și colectivității
procedurii 13, 15

- maximizării averii debi-
torului 13, 16, 21, 84,
107, 127, 212, 240, 252

- preeminenței reorga-
nizării judiciare 13

- continuității instanței 315

procedură colectivă 3, 4, 15

- simplificată 15, 25, 140, 169, 209, 263
- generală 8, 25, 30, 39, 66, 148, 169, 263

proces-verbal 100, 106

Radiere 28, 46, 66, 155, 205, 224

rspunderea - civilă 134

- membrilor organelor de conducere 8, 58, 62, 79, 94, 237, 299, 306
- solidară 40
- patrimonială 134
- profesională 77, 117

regula repartizării aleatorii 69

remunerație 72, 129, 140

reprezentare 36, 48, 106, 129, 148, 194, 246

recuperarea creanțelor 3, 15, 84, 126, 284

recurs 62, 132, 139, 160, 218, 281

recuzare 116

Scopul procedurii insolvenței 7

sediul 65

semnătura electronică 98

specializarea

(completurilor
de judecată) 55, 297

starea de

insolvență 16, 39, 44, 51, 66, 74, 75, 80, 151, 178, 186, 206, 230, 253

suspendarea - cauzei 68

- contractelor 249
- executării 89, 312, 360
- termenului 221

Tabloul

creditorilor 25

tabelul - definitiv

de creanțe 31, 94

- consolidat 31, 94, 99
- obligațiilor 26, 32, 254, 261
- preliminar 99, 101

tabloul practicienilor în insolvență 115

taxa de timbru 28, 258, 276

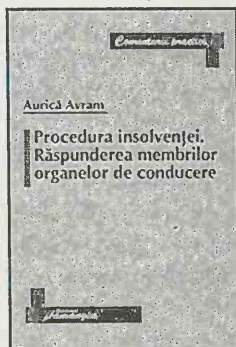
termen 136, 194, 216, 220, 284, 296

transferuri 16, 80, 105, 178, 196, 211, 223, 235, 277

Vot 31, 93

Procedura insolvenței. Răspunderea membrilor organelor de conducere

Aurică Avram



978-973-1720-76-0
19 lei, 168 p.

Cartea de față face parte dintr-o serie mai amplă dedicată procedurii insolvenței.

Vor urma încă trei lucrări corespunzătoare structurii Legii nr. 85/2006:

- Partea generală a reglementării procedurii insolvenței
- Reorganizarea judiciară
- Falimentul

Adresate în primul rând practicienilor, aceste cărți nu au o intenție doctrinară, autorul pornind exclu-

siv de la practica judiciară, în scopul îmbunătățirii acesteia, prin prisma judecătorului care are îndatorirea de a cunoaște, la soluționarea unui caz, nu numai legea aplicabilă, ci și practica și doctrina existente la acel moment.

Este analizată succint întreaga problematică a răspunderii membrilor organelor de conducere:

- titularii cererii de atragere a răspunderii
- persoanele chemate în judecată
- natura juridică și condițiile răspunderii
- instanța competentă și procedura de judecată
- prescripția dreptului la acțiune
- măsurile asigurătorii și efectele stabilirii răspunderii

Legea insolvenței nr. 85/2006 și 8 legi uzuale actualizat 17 aprilie 2008



978-973-1836-18-8
11 lei, 376 p.

Funcționarea eficientă și efectivă a procedurilor transfrontaliere de insolvență în cadrul Comunității impune o bună coordonare și cooperare între dispozițiile cu privire la competența practicianului și dreptul aplicabil în acest domeniu.

Noile circumstanțe au impus includerea în sistemul juridic românesc a unor mecanisme de aliniere la standardele economiei concurențiale de piață. Astfel a fost simplifi-

că procedura de declanșare a falimentului, a avut loc o redefinire a rolului judecătorului sindic, atribuțiile sale fiind restrânse la cele de natură jurisdicțională, s-a conferit un rol important practicianului în insolvență, a crescut rolul comitetului creditor, au fost introduse noi practici cum ar fi cea de compensare bilaterală (*netting*).

Legea insolvenței și 8 acte normative uzuale prezintă cadrul legislativ actual cu privire la:

- **Procedurile de insolvență**
- **Practicienii în insolvență**
- **Buletinul procedurilor de insolvență**

și reprezintă un instrument util în activitatea avocaților, magistraților, consilierilor juridici, practicienilor în insolvență și a tuturor celor care sunt preocupați de mecanismul de reglementare a circuitului comercial românesc, aflat într-o permanentă schimbare.

BCU IASI / CENTRAL UNIVERSITY LIBRARY

4154/08

35

Această carte face parte dintr-o serie mai amplă de comentarii dedicate procedurii insolvenței, serie deschisă cu volumul privind **Răspunderea membrilor organelor de conducere** și care se va întregi prin publicarea a încă două volume: **Reorganizarea judiciară și Falimentul**.

Fundamentate în bună măsură pe experiența de magistrat a autorului, care se raportează în primul rând la practica judiciară și aduce soluții, prin îmbinarea **situației concrete** cu **litera legii**, aceste comentarii se adresează mai ales practicienilor și subliniază importanța și rolul existenței unui sistem corespunzător al insolvenței.

Pornind de la aspectele normate prin Legea nr. 85/2006, această lucrare prezintă **partea generală** a procedurii insolvenței: domeniul de aplicare al legii, termeni și expresii specifice, delimitarea rolurilor în procedură (practicianul în insolvență, creditor, debitor, administrator judiciar, lichidator, persoane de specialitate, administrator special), cheltuieli aferente procedurii, acțiuni în anularea unor transferuri efectuate de debitor în dauna creditorilor, precum și menținerea sau denunțarea unor contracte.

Preț: 35 lei

ISBN 978-606-522-014-0



9 786065 220140